

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

ROBSON IGNÁCIO DE SOUZA

O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
Um estudo sobre o *princípio da boa-fé objetiva* nos contratos administrativos com
ênfase no comportamento da administração pública.

**FLORIANÓPOLIS/SC
2013**

ROBSON IGNÁCIO DE SOUZA

O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Um estudo sobre o *princípio da boa-fé objetiva* nos contratos administrativos com enfoque no comportamento da administração pública.

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Msc. Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa.

ORIENTADORA: PROF^a MSC. LEILANE MENDONÇA ZAVARIZI DA ROSA


**FLORIANÓPOLIS/SC
2013**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**Um estudo sobre O Princípio da Boa-Fé nos Contratos Administrativos**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Robson Ignácio de Souza**, defendida em **04/12/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

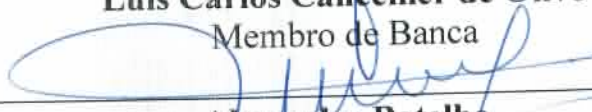
Florianópolis, 4 de Dezembro de 2013



Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa
Professor(a) Orientador(a)



Luis Carlos Cancellier de Olivo
Membro de Banca



Alexandre Botelho
Membro de Banca

*A minha querida mãe,
Ana Maria.
E a minha amada esposa,
Fabiana Klemann.
Por ambas fazerem profunda diferença
em minha vida.*

A maior necessidade do mundo é a de homens - homens que não se comprem nem se vendam; homens que no íntimo da alma sejam verdadeiros e honestos; homens que não temam chamar o erro pelo seu nome; homens, cuja consciência seja tão fiel ao dever como a bússola o é ao polo; homens que permaneçam firmes pelo que é reto, ainda que caiam os céus.

Ellen G. White, Educação, p. 57.

AGRADECIMENTOS

Não poderia deixar de iniciar agradecendo a Deus, por tudo que me dá ainda que eu não mereça. Ele que é o Criador e meu Senhor.

À minha família, simplesmente por ser família. Ainda com especial devoção àquelas a quem dedico este trabalho, minha mãe, Ana Maria, por ter me ensinado os primeiros passos do conhecimento, pelos conselhos e pelo exemplo e minha esposa, Fabiana Klemann, por ter me acompanhado até aqui, feito de meu caminho uma trajetória mais agradável e menos dificultosa, sendo que não raras vezes me apercebi amparado nela.

Aos colegas que fiz no curso e levarei na lembrança, em especial à Elise Beirão e ao Bruno Arthur Hochheim, esses dois marcaram profundamente, seja pelas nossas conversas em que muito aprendi com o Bruno, em especial em Direito Constitucional, seja pelo agradável senso de humor que a Elise cultivava, não bastasse essa experiência maravilhosa em conhecê-los tive o enorme prazer de compor com eles um trio no período do EMAJ, serão boas recordações.

Minha gratidão também aos colegas Leonardo Márcio Laureano e Luiza Silva Rodrigues que não poucas vezes me auxiliaram com seus cadernos milagrosos.

À Universidade Federal de Santa Catarina, por me proporcionar um ensino público e de qualidade. Agradecendo a todo corpo de colaboradores que sempre que dispensaram cordial e prestativo amparo.

Aos professores que tive contato nessa fase de minha vida, muitos dos quais busquei socorro no corredor pedindo recomendação de livros e artigos. Infelizmente o espaço não permite citar todos nominalmente.

Meu imenso agradecimento à banca, ao Professor Alexandre Botelho que tive oportunidade de conhecer apenas nesse momento, mas que trouxe anotações inestimáveis ao meu trabalho, ao Professor Luís Carlos Cancellier que tive o prazer de ser aluno ainda quando cursava Economia e que sempre me apoiou no curso e, por fim, a Professora Leilane Zavarizi da Rosa, esta que foi minha orientadora e sem a qual certamente esta fase do curso seria muito tensa. Seu apoio, suas palavras, foram incalculáveis fontes de auxílio e os telefonemas que fazia a sua casa, não raro tarde da noite, se tornaram em muitas situações meu mais fiel e eficiente alívio.

Ainda não poderia encerrar estas poucas linhas sem citar dois amigos, Fabiano Dantas de Araujo, uma pessoa de nobre valor que tive o prazer de conhecer antes de entrar no curso, suas palavras de apoio foram de mui valia, e saiba que com você aprendi a ser um melhor ouvinte. E Sheila Mayer, uma amiga, uma irmã, suas palavras motivadoras alimentaram a percepção de que posso confiar mais e ousar. Amiga, jamais te esquecerei.

Por fim, agradeço a todos que fizeram desse período um momento especial, mas que porventura minha memória falhe ou que as linhas não sejam suficientes para traduzir todo o meu sentimento.

A aprovação da presente monografia não significará o endosso da Professora Orientadora, da Banca Examinadora e do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina às ideias, às opiniões e à ideologia que a fundamentam ou que nela são expostas.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo trazer argumentos que embasariam a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nos contratos administrativos, sustentando que não apenas o contratante privado mais a Administração pública deve proceder em observância do mesmo. Para tanto, será utilizado o método de abordagem dedutivo e o procedimento de pesquisa bibliográfica. Inicialmente o capítulo irá tratar da boa-fé objetiva, de forma que a partir da análise desse instituto é possível constatar que ele tem evoluído ao longo do tempo, servindo de critério norteador àqueles que contraem obrigações, inclusive via contrato. Serve também como parâmetro de interpretação ao órgão julgador. A mutação conceitual e a ampliação da aplicação do princípio da boa-fé objetiva não se operou de forma planejada, na realidade foi um delineamento causado pelas transformações que incidiram na sociedade e na forma de ela se relacionar, em especial no que concerne aos negócios. Poderia se defender que as mudanças na forma de se operar a realização da boa-fé estão estreitamente relacionada a muitas das transformações no instituto dos contratos. Por sinal, esse será o tema do próximo capítulo que tratará dos contratos administrativos como tema de maior enfoque, isso porque são os contratos realizados pela Administração pública o que pertence a temática deste trabalho. Suas peculiaridades serão trabalhadas neste trabalho, de modo que se demonstre que muito embora se esteja a defender que o princípio da boa-fé objetiva incide sobre a figura do contrato administrativo, este não se confunde com o contrato privado, possuindo características específicas que o diferenciam. Na realidade essas diferenças fazem jus à finalidade que a Administração pública persegue, qual seja a realização do interesse público. No entanto, ainda que o contrato administrativo se distingue do contrato privado, não está dispensado de observar o princípio da boa-fé objetiva. Aliás, antes por ser permitida à Administração pública lançar mão de prerrogativas que não se visualiza em contrato privado, mas necessário se faz que a mesma tenha que agir em observância da boa-fé objetiva. Este trabalho tem um enfoque no comportamento da Administração pública até por considerar que quanto ao particular, é pacífica na doutrina e na jurisprudência que o mesmo deve possuir boa-fé objetiva. Já quanto a Administração pública, muito embora não haja afirmação corrente que a mesma estaria dispensada de agir em boa-fé, esta não raras vezes age de forma incompatível com a observância do referido princípio.

Palavras-chave: Princípio da boa-fé objetiva. Contrato administrativo. Administração pública. Princípio da moralidade administrativa. Proibição. Interesse público.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1. O INSTITUTO DA BOA-FÉ.....	10
1.1 A boa-fé e o seu desenvolvimento na história.....	10
1.1.1 A boa-fé no direito romano.....	10
1.1.2 A boa-fé no direito canônico.....	12
1.1.3 A boa-fé no direito germânico.....	13
1.1.4 A boa-fé no direito brasileiro.....	19
1.2 O conceito de boa-fé.....	21
1.2.1 O aspecto conceitual positivo e negativo da boa-fé.....	24
1.2.2 A boa-fé subjetiva.....	25
1.2.3 A boa-fé objetiva.....	26
1.3 As funções da boa-fé objetiva.....	28
1.3.1 A boa-fé objetiva e sua função interpretativa-integrativa.....	28
1.3.2 A função de criação dos deveres jurídicos.....	30
1.3.3 A boa-fé objetiva como função limitadora ao exercício de direitos subjetivos.....	31
2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	35
2.1 Notas introdutórias acerca do instrumento <i>contrato</i>	35
2.1.2 Mudanças contextuais e a invocação de um novo modelo.....	38
2.1.3 Teoria contemporânea do contrato.....	40
2.1.4 A era dos princípios.....	42
2.1.4.1 Princípio da função social do contrato.....	43
2.2 Os contratos no Poder público.....	44
2.2.1 O contrato na Administração.....	45
2.2.2 O contrato administrativo: Conceito e noções gerais.....	46
2.2.3 Modalidades de contratos administrativos.....	51
2.2.4 A Licitação.....	53
2.2.5 A Formação do contrato administrativo.....	56
2.2.6 Às cláusulas exorbitantes no contrato administrativo.....	58
2.2.6.1 A aplicação de sanções.....	60
2.2.6.2 A fiscalização da execução do contrato.....	61
2.2.6.3 Ocupação temporária dos bens.....	62

2.2.6.4 O uso do princípio da <i>exceptio non adimpleti contractus</i> pelo contratado.....	62
2.2.6.5 A rescisão unilateral do contrato.....	63
2.2.6.6 A alteração unilateral do contrato.....	63
3. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA AO CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	65
3.1 O princípio da boa fé deve ser aplicado a toda Administração pública.....	65
3.2 O princípio da boa-fé nos contratos contraídos pela Administração pública.....	75
3.3 Um olhar sobre o conceito de interesse público: Controvérsias no seu uso que levam a não observância do princípio da boa-fé.	83
3.4 O princípio da moralidade administrativa e sua relação com o da boa-fé.....	89
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	96
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	99

INTRODUÇÃO

A insuficiência da capacidade de previsão do legislador, que ao elaborar a lei não poderia imaginar tudo que poderia suceder, somado ao dinamismo da sociedade que está em constante mutação, invocava a necessidade de se operar não apenas por regras escritas, mas também o desenvolvimento de mecanismos principiológicos que norteariam todo o sistema jurídico, além de possuírem conceitos mais abertos que se coadunariam na evolução que transcorresse.

Daí o estudo do princípio da boa-fé, instituto esse que está em constante mutação, assim como está à sociedade. Será tema do primeiro capítulo que o analisará em seu desenvolvimento histórico, observando os principais cenários sociais de seu desenvolvimento, e sua insuficiência em um dado momento que resultou na necessidade de seu aprimoramento. Seguindo também a quem ele é endereçado e quais às funções que pode assumir, ou melhor, quais os efeitos que dele pode resultar quando devidamente aplicado.

Em decorrência disso o papel do órgão julgador como modelador a dar formas à evolução que se opera, e não apenas aplicar à letra da lei, que prevista sobre uma situação hipotética pode-se revelar inoperante diante de uma situação real, passa a ser consideravelmente ampliado. Não que o legislador perdeu espaço, mas que perante o dinamismo social e a necessidade constante de se resolver os casos que se apresentam de forma a efetiva a justiça, o órgão julgador ganha um relevo, na aplicação dos princípios jurídicos, que como mencionado, podem ser aplicados em maior ou menor medida.

O segundo capítulo vai trabalhar o instrumento dos contratos, demonstrando que o mesmo foi adotado para satisfazer interesses econômicos. Portanto, no período inicial de seu uso não guardava maiores compromissos éticos. Ao contrário, estava a beneficiar a intenção do mais forte. Mostra-se sua evolução e como o Estado teve que reorientar sua postura, deixando de lado sua passividade e agindo com mais altivez. Ainda neste capítulo se abrangerá o estudo dos contratos administrativos, que são os realizados pela Administração pública enquanto poder público. Tem suas peculiaridades e não poderia ser diferente, pois a mesma não persegue como objetivo o mesmo que persegue o ente privado.

Por fim o terceiro e último capítulo, que engloba uma ponte entre o primeiro e o segundo, além de trazer um enfoque mais polêmico. Tem como objetivo demonstrar que os contratos administrativos, conquanto possuam peculiaridades em relação aos privados,

não estão isentos da incidência do princípio da boa-fé objetiva. Para este trabalho se considerou pacífico que o particular que contrata com a Administração pública deve operar com boa-fé em todas as fases. Portanto, o que foi trabalhado foi a atuação da Administração pública.

Isso porque é no tocante a ela que o assunto revela algumas polêmicas. E ainda no mesmo capítulo são apresentadas posições mais recentes na doutrina e tendências observadas na jurisprudência.

Após, seguem as considerações finais e as referências bibliográficas.

1. O INSTITUTO DA BOA-FÉ

A boa-fé será o tema de estudo deste capítulo, sua compreensão se faz necessária para o tema que este trabalho se propôs a tratar. Mas conquanto seja estudada aqui, no curso de todo o trabalho haverá menção acerca da boa-fé e seus desdobramentos na aplicação ao direito administrativo.

Neste capítulo a boa-fé será estudada sob a perspectiva de seu desenvolvimento em será analisado as fases pela qual ela passou e depois sua presença no ordenamento jurídico.

1.1. A boa-fé e seu desenvolvimento na história

A compreensão do princípio da boa-fé e de sua aplicação e, para os propósitos a que se propõe este trabalho, não se alcança em separado de um estudo acerca de sua origem e trajetória, até chegar à configuração atual.

1.1.1. A boa-fé no direito romano

No que concerne à origem do instituto da boa-fé, poder-se-ia afirmar que seu ponto inicial seria na civilização romana. Muito embora, já na Grécia, se perceba que, algumas ideias relacionadas à boa-fé, haviam sido observadas pelos filósofos, entretanto isso se deu mais num plano dos valores morais¹. É em Roma que adquirir-lhe-á um sentido jurídico².

Assim, a expressão boa-fé (*bona fides*), que tem sua origem no Direito Romano, curiosamente não possui no mesmo uma formulação expressa para ela. Isso porque os romanos tinham preocupação com a resolução de situações práticas e não em formulação de teorias³.

À medida que o Império se expandia, maior era a atividade comercial, seja interna, seja externa. Assim, necessitava-se de uma solução que fosse além do mero texto

¹ NASSA, Thulio Caminhoto. **A boa-fé no regime jurídico de direito administrativo**. 2010, p. 15-17. Dissertação (Mestrado em Direito) – COGEAE, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2010-12-03T11:56:43Z-10346/Publico/Thulio%20Caminhoto%20Nassa.pdf. Acesso em: 15 de outubro de 2013.

² CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra, Almedina, 1997, p.71-73.

³ GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé**. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p.119.

da lei. Embora fosse o direito romano muito formalista, a adoção da *fides* permitiria ao pretor, na análise do caso concreto, averiguar para além do que estava escrito. Levando-se em conta o que se havia empenhado no acordo, primando-se pela palavra confiada⁴. Percebe-se que no sistema jurídico romano, vai tomando corpo uma importância crescente à intenção dos contratantes, e não apenas ao pactuado no escrito. A boa-fé, primeiramente, ao ser moldada no direito romano, se dá no sentido da verificação da intenção da parte.

Conclui-se com isso que é a boa-fé em seu aspecto subjetivo a que ganha espaço. Sendo que os negócios não mais seriam ditados apenas pelo que expressamente se pactuou, mas, preponderantemente, pela real intenção dos negociantes. Esta não só passa a ser o que irá efetivamente medir à extensão da análise do negócio em questão, como relativizará o formalismo. Tal fato já havia sido constatado por Menezes Cordeiro ao afirmar que “desde o antigo Direito romano, todo o progresso jurídico tem operado contra o formalismo, na busca de soluções materiais verdadeiras”⁵.

Na mesma linha, a *bona fides* permitirá que se “decida esta causa sem se ater ao formalismo habitual, antes tendo em conta a ausência de dolo⁶ das partes, o que elas efectivamente combinaram”⁷.

Conforme já mencionado nesse trabalho, a expressão *bona fides* embora tenha origem no direito romano, não foi por ele conceitualmente delimitada. De forma que se visualiza no curso de seu uso uma oscilação, ora sendo parâmetro de julgamento endereçado ao intérprete, ora tendo um enfoque na intenção da parte⁸.

Também cumpre mencionar que nos primórdios não havia o termo *bonna*, mas apenas o *fides*. Na mitologia romana, *fides* era a deusa da confiança. Portanto, a realização da palavra empenhada era de muito valor naquela sociedade. Esperava-se que aquilo que fosse dito, fosse cumprido. Assim, a execução do que havia sido firmado era o que se esperava num acordo ou negócio. Ocorre que aqui ter-se-ia verificado que o mero empenho da palavra e o cumprimento da mesma, ocasionava, em não raras situações, uma consequência nociva. Isso porque aquilo que havia sido firmado poderia ser injusto, ou a

⁴ NASSA, op. cit., p. 23.

⁵ CORDEIRO, op. cit., p. 722.

⁶ Para efeitos deste trabalho *dolo* será tomado na acepção como agir de má-fé de, sendo portanto um modalidade mais grave que a culpa. Aqui a conduta do agente pela mais estreita identificação estabelecida entre a vontade deste e o fato será, portanto, mais censurável. Por litigância de má-fé tem-se não só o que tiver deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não ignorava, como também o que tiver conscientemente alterado a verdade dos fatos ou omitido fatos essenciais. No entanto, a ausência de má-fé não implica na presença automática da boa-fé como será mais adiante mencionado no trabalho.

⁷ CORDEIRO, p. 100.

⁸ GOMES, op. cit., p. 121.

maneira de se buscar um determinado direito poderia também ocasionar um quadro danoso.

Sobre isso constatou Gustavo Tepedino ao afirmar que “os romanos haviam verificado que o exercício de um direito subjetivo, tal qual previsto no ordenamento positivo, pode, muitas vezes, contrariar a própria finalidade, a própria função daquele direito e a ideia de direito como um todo”⁹. Assim, não se poderia pensar como aceitável, e nem como uma situação a ser denominada de *honrosa*, aquela que primasse pelo cumprimento de uma acordo firmado se disso resultasse um cenário de injustiça. Diante disso é que *fides* passa a ser tomada como acepção em conjunto com o termo *bonna*, ou seja, antes de se valorizar que a palavra afirmada fosse cumprida, seria necessário perscrutar se ela era justa ou não, para então a mesma ser honrada¹⁰.

Pode-se notar que com isso os valores passam a assumir um papel na *execução* da boa-fé. Estando a intenção da parte sendo submetida a um fator limitador, qual seja, os valores. Estes vão sendo introduzidos no ordenamento jurídico romano, ainda que não de forma necessariamente padronizada, mas de maneira a se afirmar que a boa-fé passa agora não apenas a ser lealdade àquilo que se assume como também justiça e honestidade.

1.1.2. A boa-fé no direito canônico

Durante a fase do período romano, a boa-fé era termo ligado à honra, a lealdade de se manter o que se havia pactuado. Todavia, com o declínio do mesmo, paralelamente ao avanço e posterior consolidação do cristianismo, percebe-se que a boa-fé passará a ser vista sob outro ângulo. Primeiramente cumpre lembrar que o direito canônico, que seria o direito vigente durante o domínio da Igreja, e que se desenvolve no cenário geopolítico outrora pertencente ao império romano, será pelo direito romano influenciado. Embora, posteriormente irá remoldar certos conceitos deste mesmo direito¹¹.

Assim, a boa-fé que antes estava ligada a uma questão de honra, lealdade e, mas por fim, justiça, passará a ser regida sob o prisma de um novo componente: *a questão do pecado*.

É o que vai afirmar Judith Martins-Costa em sua obra:

⁹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, Vol. I. 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2007. p. 345.

¹⁰ NASSA, op. cit., p. 24.

¹¹ GOMES, op. cit., p. 123-124.

No âmbito do direito canônico a boa-fé estava, pois, referenciada ao pecado, e este é um ponto pleno de significados. É que enquanto o direito romano, considerando a *dimensão técnica* da boa-fé, promoveu a sua bipartição – consoante aplicada às obrigações ou à posse –, o direito canônico operou a sua *unificação conceptual* sob o signo da referência ao pecado, o que equivale a dizer da ausência de pecado, situando-a em uma *dimensão ética e axiológica* compatível com o sentido geral do direito canônico¹².

Não se irá aprofundar nesse trabalho sobre este período, de forma que cumpre apenas dizer que a boa-fé aqui passará a abarcar a dimensão do *espírito e moral cristã*, e aquela estrutura concebida pelo direito romano será pouco a pouco relevada ao segundo plano¹³, muito embora nesse período se verifique a continuidade do progresso contra o excessivo formalismo jurídico¹⁴. Esta nova concepção conceitual com que o direito canônico trataria a boa-fé, iria refletir até na formação do Código de Napoleão. Dois importantes juristas – Jean Domat e Robert Pothier – atuaram influenciando a Comissão instituída por Napoleão para elaborar o Código, e ambos, possuíam um prisma de visão em linha com os dogmas do cristianismo. De forma que eles conseguiriam dar menos eficácia ao instituto em questão quando comparado ao direito canônico¹⁵. Portanto, melhor é se adentrar ao estudo do mesmo instituto perante o Direito Germânico.

1.1.3. A boa-fé no direito germânico

É no direito germânico que ocorre o desenvolvimento do instituto da boa-fé no seu aspecto objetivo. No direito romano a boa-fé estava num campo de subjetividade. Ali o enfoque era o cumprimento do que foi pactuado com base na intenção do pactuante. Mas isso se dava numa leitura em que pactuante fica adstrito ao seu espírito de

¹² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 130. Para um estudo mais aprofundado, recomenda-se a consulta à obra de Menezes Cordeiro, em que o autor afirma que “em qualquer caso, a boa fé canônica traduziria, perante determinadas situações, a ausência de pecado”. (*Da boa fé no direito civil*, p. 154).

¹³ CORDEIRO, op. cit., p. 158-159.

¹⁴ Dando continuidade ao progresso jurídico contra o formalismo exagerado, mencionado na obra de Menezes Cordeiro, que se operou no período romano. A autora Cláudia Lima Marques apresenta em sua obra, que tal ocorrência se verificou no período dominado pela igreja, de forma que “O Direito Canônico contribuiu decisivamente para a formação da doutrina da autonomia da vontade e, portanto, para a visão clássica do contrato, ao defender, a validade e a força obrigatória da promessa por ela mesma, libertando o direito do formalismo exagerado e da solenidade típicos da regra romana. O simples pacto faz nascer a obrigação jurídica, como fruto do ato do homem”. (*Contratos no código de defesa do consumidor*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 40).

¹⁵ GOMES, op. cit., p.125-130.

comprometimento. Posteriormente esse subjetivismo viria a se acentuar com a mescla dos valores da ética cristã¹⁶.

Embora o direito germânico tenha tido como ponto de partida a estrutura concebida pelo direito romano, no que diz respeito à fidelidade do pactuado – *bona fides* –, não se atem exclusivamente a ela. A própria expressão “boa-fé germânica” é utilizada para designar a expressão alemã *treu und glauben* quando se quer salientar sua especificidade¹⁷. Essa fórmula *treu und glauben* se afasta da noção de fidelidade do direito romano. Apresentando os parâmetros de *lealdade* (*treu* ou *treue*) e da *crença* (*glauben* ou *glaube*), mas num sentido de qualidade ou estados humanos objetivados¹⁸.

A origem dessas ideias¹⁹, segundo Menezes Cordeiro, estaria nos juramentos de honra medievais e nas tradições dos cavaleiros. Nestas tradições um ideal era visualizado do que viria a ser o “sublime”. Esses ideais no campo do direito levariam a uma consequência ética: as promessas deveriam ser cumpridas, dever-se-ia manter aquilo que foi pactuado, garantir a palavra empenhada. Até então, parece que se está diante do mesmo que ditava o direito romano. No entanto, e é aqui a grande contribuição do direito germânico no campo da boa-fé, essa garantia não estaria vinculada ao aprofundamento em que se buscava decifrar o que a pessoa que se afiançou à determinada palavra pensava. Migrando, pois, desse referencial pessoal, para o idealizado pelo coletivo geral.

Ainda pelas palavras de Judith Martins-Costa trazidas em sua obra tem-se:

Com efeito, para além das manifestações amorosas, políticas e militares, os ideais cavaleirescos englobados no juramento de honra prendem-se, no direito, a uma questão ética: a garantia da manutenção do cumprimento da palavra dada, *garantia esta, contudo, não vinculada a uma perspectiva subjetivista – o olhar sobre a pessoa do garante –, mas a uma perspectiva objetiva, ligada à confiança geral, estabelecida a nível de comportamento coletivo*²⁰.

Como se percebe a boa-fé passa a ter um sentido diverso e mais amplo do que o anteriormente conferido pelo direito romano. Se afastando ainda mais da noção conceitual apresentada pelo direito canônico que a relacionava à *questão do pecado*²¹.

Assim, não é mais a intenção da parte que se propôs a algo o que terá relevância. Agora a primazia caberá aos rituais envolvidos e a exterioridade. Portanto, os parâmetros passaram a ser mais objetivos, de melhor auferibilidade. Sendo considerados sob o

¹⁶ Ibidem, p. 124.

¹⁷ CORDEIRO, op. cit., p. 162.

¹⁸ Ibidem, p. 167. Consultar também MARTINS-COSTA, 2000, p. 124.

¹⁹ CORDEIRO, op. cit., p. 167.

²⁰ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 125-126.

²¹ TUHR, Andreas von. **Derecho civil: teoria del derecho civil aleman**. Buenos Aires, Depalma, 1946. p. 157.

enfoque do que seria idealizado, naquela situação, pela coletividade social. Que comportamento num cenário como o analisado seria esperado naquela, e por aquela sociedade.

Confirmando o que aqui foi mencionado, e para uma melhor compreensão, observe o que diz Menezes Cordeiro em sua obra:

Objectividade: a boa fé germânica não se preocupava com estados de ciência ou com intuitos, antes acentuando o ritual, o padrão social, a exterioridade. Fundamental seria sempre o julgamento da opinião pública, cuja aprovação ou censura eram, por excelência, o motor da actuação jurídica medieval. [...] A boa fé germânica era antes de molde a provocar, nos sujeitos do espaço jurídico, perante comportamento determinados, reacções espontâneas de adesão ou de repulsa, de acordo com os padrões culturais de actuação, em vigor na época²².

A importância dessa formulação ao direito obrigacional é enorme. A partir daí é que haverá um maior delineamento de vinculação ao comportamento, este que deve ser conduzido de acordo com o que seria esperado por aquela dada sociedade. “*Comportamento social, necessário ao estabelecimento da confiança geral*”, que se revelará aqui na fiel observação dos deveres contraídos, tendo em conta os interesses da outra parte²³.

A fórmula *true und glauben*²⁴ levará à contribuição de outra expressão que será construído conceitualmente por Brinz, *schuld* e *haftung*²⁵ que se traduzirá, no português, por *débito-respondência*, ou débito-responsabilidade. Nele, aquele que se empenha num dado juramento, contrai, perante o outro, um dever que deve ser satisfeito na extensão do interesse desse outro perante o qual foi empenhada a promessa. Extensão essa que, como já mencionado, será considerada tendo por base o que a *confiança coletiva* consideraria em tal circunstância. Se esse dever contraído não for satisfeito, aquela pessoa ou coisa sujeita-se a determinadas consequências²⁶.

²² CORDEIRO, op. cit., p. 176.

²³ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 126.

²⁴ Antonio Manuel de Rocha e Menezes Cordeiro traz a seguinte informação: “Na linguagem actual *Treu* – ou *Treue* – poder-se-ia traduzir por lealdade e *Glauben* – ou *Glaube* – por crença. Ambas as expressões reportam-se a qualidades ou estados humanos objetivados.” (*Da boa fé no direito civil*, p. 167).

²⁵ Ainda na obra de Antonio Manuel de Rocha e Menezes Cordeiro, acerca dessa expressão *Schuld und Haftung* afirma o estudo de Brinz que explica: “é diferente a situação na qual alguém deve desenvolver uma actividade em prol de outrem – débito, *debitum*, *Schuld* – daquela em que uma pessoa ou uma coisa respondem por certo evento futuro, sujeitando-se a determinadas consequências, caso ele não ocorra – respondência, *obligatio*, *Haftung*.” (*Da boa fé no direito civil*, p. 171).

²⁶ CORDEIRO, op. cit., p. 171.

Desta forma, que a formulação germânica para a boa-fé, calcada num padrão de conduta de lealdade e honra, mas não num enfoque subjetivista, iria não apenas perdurar pela Idade Média, mas também chegar até o Código Civil Alemão (BGB)²⁷ e, em especial após isso, irradiar-se por outros códigos romanistas²⁸.

É no BGB que haverá a positivação da boa-fé como cláusula geral no § 242. Essa positivação garantiria a aplicação dessa mesma às matérias de Direito das Obrigações, ou seja, ao campo contratual. Isso porque durante a Idade Média, aquela definição que se viu acima não teve todo o reconhecimento e aceitação, não de forma imediata²⁹.

A cláusula geral da boa-fé, conquanto positivada, não foi empregada em toda a sua potencialidade³⁰. Para tanto, é relevante se adentrar, nos diversos aspectos trazidos pela doutrina, para explicar esta *prudência* em sua aplicação.

De início deve-se ater ao cenário envolvido no surgimento do BGB, que deve ser considerado em dois tempos: *primeiramente* no contexto histórico anterior a sua aprovação que era de recém formação do moderno Estado alemão. Isso fica evidenciado no sentido de que antes havia uma ausência de unidade jurídico-política entre os estados alemães (*Länder*), unidade esta que embora alcançada com a formação da Alemanha, em 1871, ainda teria reflexos, a conjuntura do cenário anterior neste novo, na formação de seu arcabouço jurídico. Todo este quadro formado na ocasião da aprovação e, posteriormente, vigência do código, iria, em maior ou menor grau, contribuir para certa linearidade, de forma que só se presenciaria uma grande mudança, na realidade uma ruptura, após a Primeira Guerra Mundial, que seria então o *segundo* contexto³¹.

É com o contexto da guerra e, posteriormente a ela que, e diante do surgimento de novas demandas sociais, o princípio da boa-fé viria a ser tomado em uma nova concepção, que tornaria o sistema no qual o mesmo estava inserido mais flexivo, para encampar as novas situações que se presenciaram. Cumpre ainda esclarecer que faltava à boa-fé esta definição, que não havia no que concerne a seu aspecto de princípio, já que só existia uma definição conceitual³².

²⁷ O Código Civil Alemão é também conhecido pela abreviatura de suas iniciais BGB que quer dizer Bürgerliches Gesetzbuch. Muito embora neste trabalho se irá prezar por uma padronização, é possível que em algum momento se refira a um ou a outro termo. Mas se usará preferencialmente a sigla BGB.

²⁸ GOMES, op. cit., p. 133. Na mesma linha MARTINS-COSTA, 2000, p. 127.

²⁹ NEGREIROS, Tereza Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**, Rio de Janeiro, Renovar, 1998. p. 49-50.

³⁰ GOMES, op.cit., p. 134-137.

³¹ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 236.

³² GOMES, op. cit., p. 135.

A diversidade linguística trazida pela língua alemã também possibilitou que o BGB pudesse prever e delimitar com clareza a *boa-fé objetiva* da *boa-fé subjetiva* em sua posituação³³. De forma que dentro de suas disposições traga tanto sobre uma, quanto acerca da outra. Assim é que a boa-fé objetiva está prevista em cinco parágrafos:³⁴ no § 157; § 162 /1 /2; § 242; § 330 /2 e § 815, enquanto que a boa-fé subjetiva consta em parágrafos referências, que pela finalidade de nosso trabalho dispensa enumeração³⁵. Mas em uma leitura breve dos dispositivos concernentes a boa-fé objetiva, fica patente que pelo menos o §157 e § 242, são de alcance geral³⁶.

Por fim, ainda considerando às situações que fizeram com que à cláusula geral da boa-fé objetiva não fosse aplicada em toda sua extensão, tem-se que inicialmente, o legislador imaginava o sistema fechado como suficiente para a resolução das situações que se apresentariam, sem a necessidade de busca e interpretação de elementos externos. Apenas, e tão somente, pela expansão conceitual e o exercício dedutivo, ser-lhe-ia possível à operacionalidade completa do mesmo sistema. A atividade judicial até então não se envolveria em maior complexidade. Dessa forma, a estrutura de sistema central, envolta num cenário em que se preservava o espírito codificador, que se acreditava tudo poder prever, seria o suficiente para garantir a funcionalidade. Assim o juiz deveria ser o mais neutro, vinculado e instruído pela lei, dele não se esperaria outro comportamento em sua atividade a não ser a mais estrita objetividade. Desta maneira a conclusão a que se chegaria primeiramente do BGB é a de um sistema fechado³⁷.

Mas como já acima descrito, o cenário pós-guerra representou uma ruptura na maneira como era considerado o BGB. Não apenas pela situação fática de maiores demandas sociais como também pelo próprio arrefecimento do liberalismo no campo ideológico. De tal forma que as variáveis que antes se faziam presentes possibilitando que

³³ CORDEIRO, op. cit., p. 327.

³⁴ NEVES, José Roberto de Castro. **Direito das obrigações**, 2ª ed., Rio de Janeiro, GZ Ed., 2009, p. 31. O autor esclarece na nota de rodapé 33 que “no Código Civil alemão não há artigos, mas parágrafos”.

³⁵ CORDEIRO, op. cit., p. 325-326. Muito embora não se traga às enumerações da boa-fé subjetiva, por não ser a finalidades deste trabalho, o autor Menezes Cordeiro, indica: “A boa fé subjetiva [*guter Glaube*] consta, no BGB, de dezasseis disposições”, p. 326.

³⁶ Ibidem, p. 327. Para os parágrafos do BGB §§ 157 e 242, temos:

§157 Auslegung Von Verträgen: “Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern”; §242 Leistung nach Treu und Glauben: “Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern”; Que podem ser consultador em <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html>, acessado em: 18 de outubro de 2013.

Para tradução temos: §157 Interpretação de contratos: “Os contratos devem ser interpretados conforme as exigências da boa-fé, atendendo-se aos bons costumes”; § 242 Desempenho da boa-fé: “O devedor tem a obrigação de executar a prestação, tal como o exigem a confiança e a fidelidade levando em consideração os usos de tráfico”. **TRADUÇÃO LIVRE**.

³⁷ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 236-237.

o BGB fosse tratado como um sistema fechado, fora pouco a pouco desaparecendo. E perante a constatação que o sistema não poderia prever todas as situações, mas que mediante o recurso ao *principio da boa-fé* poder-se-ia encontrar novas soluções e assim o sistema seria oxigenado, optou-se por entender e fazer uso da boa-fé como um sistema aberto, dando respostas às situações que para o codificador jamais se configurariam³⁸.

Na realidade aqui se tem uma constatação clara de que, embora o legislador possa parecer como o condutor final do direito, é muitas vezes a sociedade mesma que dará o seu formato. É mais pela realidade presente, que pelo cenário idealizado, que o direito será ditado. Assim é que se tem que este mesmo conjunto de normas jurídicas irá avançar, se isso será realizado progredindo ou não, é o curso da trajetória que revelará, mas que ele acompanhará o comportamento social, seja atrasado, seja como vanguarda, isso certamente ocorrerá. É o que se constata quando se analisa a trajetória das leis, dos institutos.

Acrescenta-se, ao que foi acima mencionado, à lição trazida por Leon Duguit:

Por otra parte, soy de aquellos que piensan que el Derecho es mucho menos la obra del legislador que el producto constante y espontáneo de los hechos. Las leyes positivas, los Códigos, pueden permanecer intactos en sus textos rígidos: poco importa; por la fuerza de las cosas, bajo la presión de los hechos, de las necesidades prácticas, se forman constantemente instituciones jurídicas nuevas. El texto está siempre allí; pero ha quedado sin fuerza y sin vida; o bien por una exégesis sabia y sutil, se le da un sentido y un alcance en los cuales no habia soñado el legislador cuando lo redactaba³⁹.

De maneira que, para possibilitar a apreciação de situações que aconteciam no mundo real e que se punham mais distantes daquilo idealizado pelo legislador, mas que apenas se vislumbravam em um estado abstrato, as normas jurídicas passam a ser empregadas em uma visão conceitual mais aberta, às quais passariam a ser preenchidas perante o quadro concreto da sociedade, que tem valores dinâmicos e não estáticos. De forma que passa a ter proeminência à tarefa do julgador, não se podendo mais esperar dele comportamento neutral como acima já referido. Não que o legislador perca importância,

³⁸ CORDEIRO, op. cit., p. 330-331.

³⁹ DUGUIT, León. **Las transformaciones generales del Derecho Privado**, segunda edición, Madrid, Francisco Beltrán Librería, 1920, p. 19. “Por outro lado, sou daqueles que pensam que o direito é muito menos a obra do legislador do que o produto constante e espontâneo dos fatos. As leis positivas, os Códigos, podem permanecer intactos em seus textos rígidos: pouco importa; a força das coisas, debaixo da pressão dos fatos, das necessidades práticas, formam constantemente instituições jurídicas novas. O texto está sempre ali, mas ficou sem força e sem vida; ou por uma exegese sábia e sutil é dado sentido e um alcance nos quais não havia sonhado o legislador quando este estava escrevendo”. (Tradução nossa)

mas apenas se assume que é impossível que o mesmo em um processo de elaboração de leis possa prever todos os casos que se apresentariam⁴⁰.

Portanto, o julgador passará a ter maior liberdade, em certas situações, quando da aplicação do direito. Liberdade esta que não se pode interpretar como uma atividade calcada em sua mera vontade, mas sim resultado de um exercício de adequação do direito positivado com os valores calcados na sociedade. Será a consideração no fato de que o direito é feito para a sociedade, e nela busca referências no momento de sua elaboração, logo sua construção não termina na simples positivação de um texto escrito, mas é fruto de uma constante leitura dos valores daquela mesma sociedade que estarão sempre em um processo de mudança⁴¹.

Essa mudança que ocorreu no alcance que teria o BGB, não apenas alterou a forma de interpretar os casos que se chegavam como possibilitou a apreciação de novos casos, trouxe ainda como contribuição: a boa-fé passou a ser uma via de adequação ao juiz diante do caso concreto, também um parâmetro de máxima conduta ético-jurídica a ser perseguida e, por fim, como um meio de ruptura ético-jurídica do direito positivado⁴².

1.1.4. A boa-fé no direito brasileiro

No direito brasileiro a boa-fé adentrou no Código Comercial de 1850 e no Código Civil de 1916, no entanto não se visualizava aplicabilidade da mesma, não pelo menos no campo do direito obrigacional. Isso porque estes códigos foram concebidos ainda sob a forte influência do cenário liberal, aonde o individualismo imperava⁴³.

De tal forma que a boa-fé objetiva, no ordenamento brasileiro, pode-se dizer que não se fazia presente, sobretudo no campo contratual. Muito mais por isso não haveria de se cogitar em deveres que extrapolem o conteúdo contratual⁴⁴.

Embora a boa-fé só se visualizasse com mais frequência em matéria possessória, e ainda assim está a se referir da boa-fé subjetiva, e à exceção disso, era deixada de escanteio pela doutrina e pelos tribunais, não há tanto o que censurar nessa atitude. Afinal, mesmo na Alemanha, berço dessa estrutura sistemática, inclusive sendo precursora em codificar a boa-fé objetiva ao positivar no BGB, este que iria influenciar os sistemas de

⁴⁰ NEVES, op. cit., p. 3-4.

⁴¹ Id.

⁴² GOMES, op. cit., p. 136.

⁴³ Ibidem, p. 141-142.

⁴⁴ NEGREIROS, op. cit., p. 75.

codificação, sobretudo os romanistas. Assim sendo, se nele a boa-fé objetiva se encontraria em atuação limitada, só vindo a ter maior amplitude e operacionalidade no campo contratual pós primeira guerra. De maneira que o Código Civil de 1916 era um código estático e fechado⁴⁵. Sendo isso até condizente com a realidade daquela época.

Portanto, será no CDC que o ordenamento brasileiro finalmente contará com a positivação da boa-fé objetiva. Presente em dois dispositivos⁴⁶, art. 4.º, III e no art. 51.º, IV, mas exercendo funções distintas. Neste a boa-fé a tem como escopo a limitação da vontade, considerando como abusiva aquilo que embora pactuado estiver em flagrante incompatibilidade com o bom senso, portanto se posta como uma *cláusula geral de conduta*, enquanto que naquele a função da boa-fé já estará mais dissociada desta cláusula geral ocupando a função de *princípio integrador e orientador de interpretação*, apresentando assim um norte ao julgador para análise do caso que for apresentado⁴⁷.

De maneira que mesmo a autonomia da vontade deveria passar por uma readequação. Para que esta manifestação da vontade no negócio jurídico pudesse contar com a proteção do aparato estatal, ou melhor, para que pudesse ser admitida pelo ordenamento, e, assim produzir efeitos, a mesma deveria ter como parâmetro um afinamento com os valores prezados na sociedade.

O atual Código Civil de 2002 vai continuar o avanço trazido pelo CDC. Claro que é patente o atraso com que o legislador agiu, foram mais de cem anos desde a vigência do BGB. No Código Civil de 2002 a boa-fé objetiva veio tanto como *base de interpretação* (art. 113.º, CC), como também *parâmetro de verificação do correto cumprimento do contrato* (art. 422.º, CC). Há ainda outras funções que a mesma assumirá, o que se verá mais adiante⁴⁸.

⁴⁵ GOMES, op. cit., p. 142-145.

⁴⁶ Segue a transcrição dos dois referidos dispositivos:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: ([Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995](#)) [...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica ([art. 170, da Constituição Federal](#)), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

⁴⁷ GOMES, p. 146-148.

⁴⁸ NEVES, op. cit., p. 4-5.

1.2.O conceito de boa-fé

Diante de tudo o que foi apresentado até aqui, pode-se ver diversos adjetivos relacionados ao instituto da boa-fé: honra, confiança, lealdade, crença entre outros. Inicia-se trazendo a definição semântica de boa-fé que consta no dicionário Houaiss:

Boa-fé *s.f.* **1** retidão ou pureza de intenções; sinceridade **2** convicção de agir ou portar-se com justiça e lealdade com relação a alguém, a determinados princípios etc. **3** respeito ou fidelidade às exigências da honestidade ou do que é considerado direito; lisura **4** *JUR* estado de consciência de quem crê, por erro ou equívoco, que age com correção e em conformidade com o direito, podendo ser levado a ter seus interesses prejudicados [Configura uma circunstância que a lei leva em conta para proteger o faltoso das consequências da irregularidade cometida.] *cf. abofê, bofé* **b. contratual** *JUR* sinceridade ao contratar (significando que as partes devem agir com idoneidade, correção e honestidade, como base de confiança recíproca) à **b.1** com sinceridade ou honestidade; francamente **2** por certo, em verdade, com certeza **de b.** com pureza de intenções, sem dolo, conforme com a sua consciência ou sua noção do que é correto; francamente, *bona fide* **GRAM** pl.: *boas-fés* **SIN/VAR** ver antonímia de *ardil* **ANT** dolo, má-fé; ver tb. sinonímia de *ardil*⁴⁹.

A boa-fé tanto pode ostentar caráter de *princípio* como de *cláusula geral*. Como princípio jurídico que é a boa-fé terá nesta acepção o mesmo delineamento que há qualquer outro princípio jurídico.

Princípios são mais abertos e nem sempre estarão positivados. No entanto, mesmo não positivados, eles se situam acima das regras positivadas. São valores diretores do ordenamento jurídico, tendo o papel em diversas ocasiões de orientar o alcance da norma escrita. Pelo seu nível de abertura, não raras vezes, sua implementação necessita, seja de normas escritas para lhe trazer concretude, seja de uma adequação interpretativa por parte do julgador. Diferentemente das regras, que pedem por uma aplicação integral ou não, o princípio pode ser aplicado em maior ou menor amplitude, dependendo do caso concreto, o que faz dele um mecanismo integrador e oxigenador do ordenamento⁵⁰.

O art. 422.º, CC⁵¹, traz o princípio da probidade e boa-fé, retratados, nesta acepção, como sinônimos. O uso do termo *probidade* pelo legislador deve ser entendido como um reforço sobre a recomendação que às partes procedam com honestidade. Este princípio exige que às partes se portem com observância aos valores de retidão, lealdade,

⁴⁹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

⁵⁰ Ibidem, p. 55-56.

⁵¹ Segue a transcrição do referido dispositivo:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

honestidade. E esta observância não está adstrita ao que às partes julgam como tal, mas sim aquilo que nos moldes do cidadão comum se teria como realizada⁵².

Pode-se dizer que aqui neste princípio tem-se tanto um conteúdo material quanto temporal. Ou seja, tudo que se falou nesse parágrafo acerca do comportamento esperado das partes em questão, deve ser acrescentado no que concerne ao momento em que isso deve ocorrer, e esse momento deve ser o mais amplo. Quer se quer dizer com isso? Às partes devem agir de forma a observar todos os valores que a boa-fé comporta em todos os momentos, incluindo às fases *ante* e *pós* negocial, que são das tratativas ao pleno cumprimento do contrato⁵³.

A boa-fé no ordenamento exerce diversas funções, no art. 422, CC, além de princípio é também uma cláusula geral. É importante delimitar que a cláusula geral se opõe ao casuísmo, trazendo consigo permissão a adoção de premissas genéricas. Tem como função enviar ao magistrado critérios indicativo de aplicação ao caso concreto. Não é recurso a permitir que o julgador lance mão da discricionariedade. Embora permita ao aplicador exercer uma função criadora, está será balizada por critérios objetivos trazidos em tais cláusulas. Assim é que tais cláusulas gerais possuem parâmetros que orientam pelo menos em algum norte, possuem dessa forma alguma objetividade. Há nessas cláusulas gerais alguma tipicidade. Afinal, diferentemente dos princípios que dispensam posituação, às cláusulas gerais necessitam ser expressas.

Elas servem a “possibilidade de circunscrever, em determinada hipótese legal, uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial e não legal”⁵⁴. As cláusulas gerais não são princípios e nem mesmo conceitos indeterminados.

Acerca disso, Judith Martins-Costa expõe em sua obra:

A equiparação entre princípios jurídicos e cláusulas gerais decorre, fundamentalmente, da extrema polissemia que ataca o termo ‘princípios’; as cláusulas gerais não são princípios, embora na maior parte dos casos os contenham, em seu enunciado, ou permitam a sua formulação⁵⁵.

A afirmação da autora, que é anterior a promulgação do código vigente, se coaduna perfeitamente no caso em análise. Perceba que o art. 422.º, CC, tanto congrega a boa-fé como princípio, quanto à boa-fé como cláusula geral.

⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 54-55.

⁵³ Id.

⁵⁴ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 299.

⁵⁵ Ibidem, p. 316.

Embora, como já se tenha mencionado às cláusulas gerais não se confundam com os conceitos jurídicos indeterminados, Menezes Cordeiro vai trazer um estudo de Garstka em que este afirma que às cláusulas gerais “em relação com o seu contexto normativo, compreendem conceitos muito gerais ou muito indeterminados, se relacionam com previsões muito gerais ou sejam muito abstractas”⁵⁶. Ora, os termos indeterminados, quer nos conceitos, quer nas cláusulas, necessitam ser preenchidos ou valorados pelo aplicador, mas mediante o sistema no qual os mesmos estão inseridos. Logo essa valoração não será arbitrária⁵⁷.

Não é o interesse deste trabalho uma extensa explanação acerca de *princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados*. Não pelo menos na semântica das palavras. Apenas, se deseja com o que aqui foi mencionado, demonstrar que o instrumento da boa-fé considera que ela adota tanto uma função endereçada ao julgador, para que este no caso em análise esteja apto a resolver problemas dando uma resposta que prime pela contemplação dos valores que deveriam ser observados, como também uma função endereçada às partes que devem se portar em boa conduta e probidade. A regra da boa-fé é uma cláusula geral de aplicação ao direito obrigacional, ao se valorizar os princípios gerais do direito e conceitos metajurídicos, ficando para traz os ditames do antigo sistema, quais sejam, autonomia da vontade e obrigatoriedade dos contratos, o que se primou foi por noções de urbanidade, sociabilidade, solidariedade que suplantaram assim aquela prevalência do individualismo⁵⁸.

Diante de todo este trajeto de enriquecimento valorativo pelo qual a boa-fé passou, não foi apenas à mesma que foi aperfeiçoada, outros institutos também passaram por profundas mudanças. A própria *relação obrigacional* passou por uma guinada. Enquanto no Código Civil de 1916, assim como nos demais daquela época, a relação obrigacional era marcada por um enfoque no poder do credor sobre o devedor, de forma que essa relação não era equilibrada. Isso poderia explicar o porquê que no § 242, BGB, o mais importante artigo que falava acerca da boa-fé objetiva, a menção era de uma atribuição obrigacional apenas ao devedor. No curso de todo esse tempo, às mudanças colaboraram para uma metamorfose nessa relação obrigacional, em que não mais devia ser vista sob uma ótica de antagonismo e oposição entre as partes. Assim é que hoje a relação obrigacional passou a uma relação coparticipativa, em que aquele círculo de poder envolta

⁵⁶ GARSTKA *apud* CORDEIRO, 1997, p. 1182.

⁵⁷ CORDEIRO, *op. cit.*, p. 1176-1184.

⁵⁸ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 54-55.

à figura do credor, passou para um quadro de maior equilíbrio. A obrigação passa a ser todo um processo em que a ênfase passa a ser o interesse social e o adimplemento da obrigação que agora é dever de todos os envolvidos⁵⁹.

Em sua obra *A obrigação como processo* que trata especificamente dessa mudança na trajetória do direito obrigacional, até ao entendimento do mesmo como todo um ciclo, ou seja, a obrigação deve ser vista como todo um processo, o civilista Clóvis do Couto e Silva observa:

O mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece entre eles um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam [...] O princípio da boa-fé manifesta máxima objetiva que determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui. Endereça-se a todos os partícipes do vínculo e pode, inclusive, criar deveres para o credor, o qual, tradicionalmente, era apenas considerado titular de direitos⁶⁰.

Note que esta obra, que foi a tese de concurso de cátedra do Professor Clóvis de Couto e Silva, foi escrita em 1964. São quase quatro décadas até entrada da vigência do atual código. De maneira que, para não deixar nenhuma margem de ambiguidade, o código primou por uma redação mais adequada em que demonstrasse que às regras de conduta e princípio ali invocados se aplicavam *aos contratantes*, tanto devedor quanto credor⁶¹.

1.2.1. O aspecto conceitual positivo e negativo da boa-fé

Agora, se abordará aqui uma breve análise da culpa e diligência na boa-fé, que oportunamente será melhor trabalhada. Nem sempre a ausência de dolo⁶² quer dizer que se está de boa-fé. Na realidade o fato de não se haver desejado a ocorrência de uma conduta negativa não coloca na posição de invocar a presença da boa-fé. Isso porque ao se constatar que a boa-fé tem entre seus termos a *consciência*, deve-se passar por uma averiguação de que se estaria convicto da possibilidade de tal cenário. O que se está a dizer é que quando se obra com culpa, essa negligência aproxima, mas não a iguala, do conceito de má-fé. Ela resultará em um nexo de imputação do ato ao agente, sendo um dos pressupostos da responsabilidade civil. Para se considerar a relação de culpa e boa-fé, claro que se está a falar da boa fé objetiva, que é a que envolve um dever de conduta tendo

⁵⁹ NEVES, op. cit., p. 18-19.

⁶⁰ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como um processo*, Rio de Janeiro, FGV, 2006, p. 33.

⁶¹ Ibidem, p. 9, 32-35.

⁶² Ver nota de rodapé de número 06.

como parâmetro o meio externo. Ou seja, o proceder com diligência, que é o afastar a culpa, envolve que se vá ao meio externo munir-se do cuidado necessário para que se afaste a ignorância⁶³.

Em uma vertente negativa a boa-fé seria a ausência do desejo de prejudicar, seria a falta de consciência de que aquela atitude poderia causar danos. Essa falta de consciência afastaria a má-fé. Relaciona-se mais com o período de relevância da boa-fé subjetiva. Já na vertente positiva a boa-fé exigiria que a conduta praticada tivesse o alicerce da convicção. Ou seja, deve-se agir com lealdade, honestidade e tudo mais, mas acrescenta-se a isso a convicção de que agiu assim. Se a crença acerca de o possuidor de um determinado direito não tiver sido precedida de uma convicção quando a isso, não estará caracterizada à boa-fé. Assim excluída, tem-se lugar à má-fé⁶⁴. Mas mesmo convicção não é o suficiente para afastar a culpa. Pode-se estar o mais bem intencionado, no entanto no caso da não observância de um dever de conduta e, portanto, vindo a cometer uma negligência que prejudique alguém, haverá culpa e, nesse caso, violação da boa-fé objetiva, acarretando responsabilidade⁶⁵.

1.2.2. A boa-fé subjetiva

A boa-fé se biparte em *boa-fé subjetiva* e em *boa-fé objetiva*. Com tudo o que já foi apresentado neste trabalho parece ser redundante trazer esta divisão, mas será de forma breve que se apresentará mais algumas considerações acerca de cada uma.

A boa-fé subjetiva antecedeu em definição conceitual e normativa à boa-fé objetiva. É a concepção psicológica da boa-fé⁶⁶. Tem relação com a intenção do agente, se havia nele conhecimento ou ignorância acerca de um determinado dado, ou situação. Sendo que a boa-fé subjetiva estava presente já no Código Civil de 1916⁶⁷. O grande desafio nesse caso é como se auferir se o indivíduo tem ou não boa-fé ou má-fé. Como avaliar o íntimo de uma pessoa? Como perscrutar seus pensamentos? Diante da impossibilidade de tal fato, mostrava-se necessário que se considerasse um padrão médio de comportamento, para que esse pudesse ser cobrado.

⁶³ CORDEIRO, op. cit., p. 1225-1230.

⁶⁴ CAMPOS, M. **A boa-fé e a boa-fé objetiva na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. 2002. 444 f. Tese (Doutorado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. p. 43-44.

⁶⁵ NEVES, op. cit., p. 285.

⁶⁶ GONÇALVES, op. cit., p. 55.

⁶⁷ STOLZE, Pablo & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, volume IV: **contratos**, tomo I: teoria geral, 7ª ed., 2011. p. 100.

Assim, é que diante de uma sociedade outrora liberal, em que se primava pela autonomia da vontade, e esta era analisada num aspecto de individualismo e voluntariedade, faz-se necessário “à consideração de um patamar geral de atuação, atribuível ao homem médio, que pode ser resumido no seguinte questionamento: de que maneira agiria o *bonus pater familiae*, ao deparar-se com a situação em apreço?”⁶⁸. Diante deste panorama, é que se pode entender o papel da boa-fé objetiva, que viria dar respostas às problemáticas que se apresentavam pela insuficiência da boa-fé subjetiva como parâmetro de análise.

Mas isso não quer dizer que a boa-fé subjetiva deixou de existir. Hoje, no Código Civil ela encontra-se positivada, tal como antes, de forma que apenas perdeu a primazia para a boa-fé objetiva por motivos que já foram explicados.

A boa-fé subjetiva está assim ligada à crença⁶⁹ que pode ser ou não equivocada, está ligada à ignorância que pode ou não se fazer presente. Exige do julgador que ele adentre na intenção do agente, no que o mesmo pensava, no tinha em mente. É, portanto, mais difícil de auferir uma resposta fidedigna, mas em diversos assuntos – credor putativo, casamento putativo, direitos possessórios – é substancialmente aplicada⁷⁰.

1.2.3. A boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva vem introduzida no ordenamento, se fazendo presente no CDC, mas é no Código Civil de 2002 que ela causará impacto no direito obrigacional. Tem fundamento em um princípio geral de direito, mas quando positivada, constitui-se também em uma cláusula geral. É uma regra de conduta e constitui um modelo jurídico. O julgador ao interpretar um determinado contrato, se valerá do princípio da boa-fé, partindo da

⁶⁸ LEWICKI, Bruno. **Panorama da Boa-Fe Objetiva**. In: *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 56.

⁶⁹ O autor Fábio Ulhoa, sobre a ligação da boa-fé subjetiva à crença, traz a seguinte lição que vale a pena ser transcrita: “A virtude da boa-fé consiste em acreditar no que diz e dizer o que acredita. Quem está de má-fé, mente; mas quem mente não está necessariamente de má-fé. No clássico exemplo do cidadão alemão que, durante o nazismo, dá guarida ao amigo judeu e mente a respeito para a gestapo, encontra-se a convergência da boa-fé e a mentira. O cidadão alemão acredita, de verdade, que não há mal em enganar se isso é necessário para salvar a vida do amigo, o que revela sua boa-fé. No mesmo sentido, quem está de má-fé, engana; mas quem engana não está sempre de má-fé. Isso porque age de boa-fé aquele que acredita no que diz, mesmo quando está equivocado. Se alguém desconhece a verdade dos fatos sobre os quais fala, mas acredita sinceramente ser veraz o que deles sabe, está de boa-fé (cf. Comte-Sponville, 1995:213/228)”. (Fábio Ulhoa Coelho, Curso de Direito Civil, Vol. 3, Contratos, 2012, epub, p. 40, 5ª ed., Saraiva, São Paulo).

⁷⁰ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 410-411.

premissa em que as partes pensavam o que pensam o homem médio⁷¹. A boa-fé possui conteúdo, como já mencionado não é um conceito indeterminado, mas esse conteúdo não é rigidamente fixado, dando ao interprete na aplicação ao caso concreto o sentido e o alcance⁷².

Este dever de conduta deve ser observado, a conduta será objetiva quando analisado com o meio social na qual às partes se encontram inseridas. De maneira que estas adequarão o seu modo de proceder ao *modelo de conduta social*, o *standard jurídico*. Mas mesmo nesse modelo a análise se dará a cada caso, levando em conta os sujeitos envolvidos, não sendo de tal forma uma aplicação mecanizada⁷³. Faz-se necessário isso, pois, se está diante de um sistema aberto. Aliás, a boa-fé objetiva necessariamente convive com esse modelo de sistema, que permite que a mesma seja construída no curso do tempo⁷⁴.

Como a boa-fé objetiva é a preponderância da conduta em relação à intenção, que era o que prevalecia na boa-fé subjetiva. Diz-se então que a boa-fé objetiva cria para as partes um dever de proceder⁷⁵, o qual se não observado acarretará responsabilidades, naquele dueto que já apresentamos aqui como *débito-respondência*.

Logo a boa-fé objetiva por se traduzir em um dever de conduta colaborará para avaliação do *quantum* do adimplemento contratual.

Já se viu aqui através da contribuição do Professor Clóvis de Couto e Silva, que foi anteriormente mencionado, a profunda mudança pelo qual passou o direito obrigacional, que redimensionou a forma como se via a participação dos sujeitos nesta relação e a própria essência dela⁷⁶.

⁷¹ Conquanto a expressão *homem médio* seja carregada de subjetivismo, isso não quer dizer que ela não possua algum conteúdo. Por *homem médio* está a se falar daquele indivíduo que em estado normal conseguiria perceber determinada situação. Se excluindo a figura incomum, seja daquele excessivamente preparado, seja daquele substancialmente ignorante. Para a compreensão e medida concreta dessa expressão deve ser analisado o meio temporal e geográfico que ela está inserida. Assim, numa determinada sociedade o *homem médio* se resultará de forma bem distinta do *homem médio* de outra.

⁷² GONÇALVES, op. cit., p. 56-57.

⁷³ Para uma apresentação moderna no que concerne ao princípio da boa-fé objetiva, vale tomar ciência da apresentada por Cláudia Lima Marques, que diz: “Boa-fé objetiva significa, portanto uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.” (Cláudia Lima Marques, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 1999, 3ª ed., pg. 107).

⁷⁴ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 412-413.

⁷⁵ NEVES, op. cit., p. 32-34.

⁷⁶ COUTO E SILVA, op. cit., p. 32-36.

Agora ao se analisar a boa-fé objetiva pode-se ver uma ampliação no leque dos deveres envolvidos, já que representa como fonte de direitos nessa mesma relação ao ampliar os deveres que dela decorrem.

O espírito de colaboração entre às partes aliado ao dever de conduta, na busca pelo cumprimento obrigacional calcado na ética, acabou por demonstrar uma ampliação de deveres às partes, que não se confundem com a obrigação principal, mas estão anexos a ela. São os deveres anexos, os deveres acessórios. Pela terminologia *dever*, se quer dizer que a parte deve observá-los no que concerne ao seu cumprimento e a não observância se traduzirá em um inadimplemento contratual.

Daí é que o inadimplemento da obrigação, tal qual como os deveres, devem ser analisados sob uma perspectiva ampliada, já que se apresentam de forma genérica, sendo impossível seu amplo conhecimento prévio⁷⁷.

Diante desta breve apresentação conceitual ao princípio da boa-fé objetiva é que se vê que ele congrega distintas funções. Dar-se-á neste trabalho uma explanação rápida acerca de cada uma delas.

1.3. As funções da boa-fé objetiva

Se trabalhará aqui com as funções mais relevantes exercidas pela *boa-fé objetiva*. Para tanto aqui se analisará três artigos trazidos pelo Código Civil que se constituem em fundamentos base para cada uma dessas funções.

1.3.1. A boa-fé objetiva e sua função interpretativa-integrativa

O instituto da boa-fé objetiva possibilitou uma revitalização ao permitir que o julgador no seu processo de análise do caso concreto, e posterior decisão acerca do mesmo, tivesse uma maior liberdade. Desvinculando-se do estrito formalismo e da orientação apenas dentro do sistema, e buscando em fatores externos, mas embasados em princípios, elementos que pudessem colaborar para o conteúdo decisório de casos que não haviam sido previstos pelo legislador⁷⁸.

Mas poder-se-ia pensar que essa função seria apenas destinada ao julgador. Não é bem assim. Embora à princípio esta função tenha elevado o foco na atuação do julgador

⁷⁷ Ibidem, p. 65.

⁷⁸ GOMES, op. cit., p. 136-137.

em detrimento do legislador, ela se dirige, e em especial, às partes. É o que se conclui na análise do art.113.º, CC⁷⁹.

Como se pode observar pela dicção do artigo, a *interpretação* se aplica primeiramente às partes. É mandamento endereçado a elas, em que devem interpretar o negócio à luz do meio social no qual vivem. É uma análise de espaço-tempo que tanto deverá ser efetuada pelas partes, como pelo órgão julgador se este vir a ser acionado.

Os negócios firmados, a palavra empenhada, não possui o escopo de prever toda e qualquer situação, de antever minúcias. Assim como o legislador ao elaborar as leis não consegue prever tudo, às partes identicamente ao elaborar um contrato, que por sinal faz lei entre às mesmas, *pacta sunt servanda*, tampouco conseguirão prever tudo o que poderá ocorrer, ou que necessitará que seja realizado para a fiel consecução do mesmo. Mas isso não quer dizer que algo muda na execução dos deveres. Não ao menos com a função exercida pela boa-fé objetiva que tem esta capacidade de integrar, ao indicar às partes como proceder para que se atinja ao fim esperado pela obrigação, diante de uma situação em que o dever não está a rigor expresso.

Acompanhe-se a lição trazida por Clóvis do Couto e Silva que diz:

Por meio da interpretação da vontade, é possível integrar o conteúdo do negócio jurídico com outros deveres que não emergem diretamente da declaração. [...] Além disso o princípio da boa-fé revela-se como delineador do campo a ser preenchido pela interpretação integradora, pois, de perquirição dos propósitos e intenções dos contratantes, pode manifestar-se a contrariedade do ato aos bons costumes ou à boa-fé⁸⁰.

Ainda em trabalho mais recente, tem-se a contribuição do civilista Gustavo Tepedino, que afirma:

Além de buscar a conjugação do real sentido da vontade à interpretação literal, o intérprete deverá ter como norte o princípio da boa-fé, que informa a tendência objetiva e que, consequentemente, ressalta este caráter no processo de interpretações dos negócios [...] Neste rumo, como norma de interpretação dos negócios jurídicos, a boa-fé objetiva inaugura uma posição intermediária entre as tendências subjetiva e objetiva [...] ⁸¹.

Cuide-se que não se deve confundir essa função integrativa com a simples função de interpretação em relação ao princípio da boa-fé, embora ambas andem próximas é bem verdade, não são a mesma coisa. Enquanto desta servem-se às partes ou o órgão julgador

⁷⁹ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

⁸⁰ COUTO E SILVA, op. cit., p. 36.

⁸¹ TEPEDINO, op. cit., p. 229-231.

para melhor entrelaço aos valores de lealdade e honestidade diante do cenário em que se desenvolveu o negócio, aquela se adéqua à “integração das lacunas que a ela se liga” capaz de invocar comportamentos que, embora nem expressos ou dedutíveis em primeira mão, no contrato se fazem necessários caso se desejem que os fins estabelecidos pelo negócio sejam alcançados⁸².

Assim sendo, é que ao exercer esta função interpretativa-integrativa, clareando às partes como agir, acaba por informar novos deveres, que muito embora não estejam todos expressamente previstos, à luz dessa função se espera que sejam cumpridos. Portanto, se está adentrando na segunda função do princípio da boa-fé objetiva.

1.3.2. A função de criação dos deveres jurídicos ou de ampliação da obrigação

Tendo fundamento no art. 422.º, CC⁸³, e em menor relevo, no art. 113.º, CC, é a principal fonte criadora dos chamados *deveres laterais* ou *de proteção*, ou ainda *deveres anexos laterais*.

A boa-fé exerce aqui um fundamento normativo. Os deveres anexos então criados não são um rol taxativo. Pode-se inferir de uma análise os mais comuns, isso não quer dizer que não possa haver outros. São deveres que embora não estejam expressos, estão ali, existem juridicamente⁸⁴.

O art. 422.º, CC, traz uma cláusula geral. Mas ao não dizer o que é a boa-fé, não só a revela como um conceito aberto, que embora tenha conteúdo, este se molda com a evolução dos valores sociais, quanto exige das partes e do aplicador do direito, o exercício da atividade interpretativa, que já retratamos aqui em sua primeira função trazida pelo art. 113, CC⁸⁵.

Dentro dessa função tem-se uma divisão que orienta agrupando os deveres em torno de os *deveres de cumprimento da obrigação principal*, que seria à razão fim da existência do próprio negócio. Têm-se os *deveres secundários acessórios* da obrigação principal cuja razão de ser é garantir que a obrigação principal estará ao final satisfatoriamente adimplida. Por fim, há os *deveres laterais, ou instrumentais, ou de conduta, ou acessórios de conduta*, sendo que esses são os que, evidentemente, mais são

⁸² MARTINS-COSTA, op. cit., p. 428-429.

⁸³ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁸⁴ STOLZE & PAMPLONA, op. cit., p.106.

⁸⁵ NEVES, op. cit., p. 71.

frutos da incidência criadora e delimitadora da boa-fé objetiva, tendo como endereço tanto credor, quanto devedor. Não se ligando tanto à prestação em si, mas sim à relação obrigacional, ao processo de encadeamento⁸⁶.

1.3.3. A boa-fé objetiva como função limitadora ao exercício de direitos subjetivos

Viu-se que a boa-fé subjetiva foi à fase inicial do desenvolvimento do instituto da boa-fé. Mas que à medida que às relações sociais apresentavam-se mais complexas a boa-fé subjetiva foi incapaz de dar resposta a certas problemáticas trazidas. Em seguida o direito germânico deu sua grande contribuição através do instituto da boa-fé objetiva no que depois se positivou no BGB e veio influenciar os códigos civis, em especial os do sistema românico.

Pois bem, com isso a boa-fé objetiva ganhou espaço, mas não suprimiu a existência e a aplicação da boa-fé subjetiva. Agora a questão é: se a boa-fé subjetiva ainda existe e é aplicada, o aparecimento da boa-fé objetiva a afetou em algum aspecto? Levantada essa questão é que se faz necessária trabalhar essa última função da boa-fé objetiva em que mostra a influência que esta exerceu sobre aquela.

No estudo desta função se começará trazendo o dispositivo que se constitui em base a esse mandamento de conduta que restringe, sobre certos aspectos, a invocação desmedida no exercício de um direito subjetivo pelo respectivo titular. Assim se apresentará o que está previsto no art. 187, CC, 2002⁸⁷.

Na parte mais inicial desse trabalho, foi mencionado acerca do que já havia sido constatado lá no direito romano. Qual seja a possibilidade de a promessa firmada em um dado acordo, em determinados casos, se fosse levada adiante, fomentaria um quadro de injustiça.

Diante disso é que a boa-fé objetiva terá entre suas funções a incumbência de limitar o próprio mau uso que poderia ser feito, ou resultar, de uma invocação desmedida a título de direito subjetivo.

Atua assim a boa-fé objetiva coibindo o que vêm a ser a prática do abuso do direito. No entanto a definição conceitual de *abuso do direito* é outro termo em que não foi rigidamente expresso pelo legislador, e nem poderia. Afinal, se a boa-fé é conceito que

⁸⁶ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 437-440.

⁸⁷ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

se modifica através do tempo pela mutação dos valores sociais e através da contribuição jurisprudencial, definir rigidamente o abuso do direito far-se-ia com que não muito longe o mesmo fosse esvaziado.

Se bem que a expressão *abuso do direito* também possui conteúdo, que em uma análise do caso concreto vai dizer quando a parte incorreu ou não em sua prática. O que se afirma⁸⁸ é que o abuso do direito é um modo de proceder pela parte que, à luz da rigidez conceitual de ser lícito ou ilícito, seria um proceder lícito, quando se analisa a letra seca dos dispositivos normativos.

Mas, ao se analisar tendo como parâmetro a relação obrigacional em sua sistemática, esse *proceder lícito* contraria a finalidade desta mesma relação, de modo que se constata a não observância da boa-fé objetiva. Assim, é que o legislador achou por bem expressar o repúdio a esse comportamento, inclusive equiparando-o ao ato ilícito. De forma que se o comportamento não ofende diretamente à lei, até porque se o fizesse dispensar-se-ia tal dispositivo, mas quando confrontado às finalidades do propósito a que se coloca a própria relação obrigacional, somados aos valores de boa-fé e dos bons costumes, além dos econômicos primados pelo sistema jurídico, passa-se a ser esse modo de proceder, um modo ilícito, é pelo menos o que diz o art. 187, CC⁸⁹.

Embora, cumpra observar que o mesmo autor Gustavo Tepedino traz que há discordância dessa opção utilizada pelo legislador, e ressalva para que a terminologia “abuso de direito como ato ilícito, deve ser interpretado como uma referência a uma ilicitude *lato sensu*, no sentido de contrariedade ao direito como um todo”⁹⁰. Isso decorre da adoção da teoria objetiva do abuso do direito que prevê a ocorrência do uso anormal do direito, distinguindo-se da teoria subjetiva que contém o desejo da parte de causar prejuízo⁹¹.

Como é perceptível, pode-se subtrair do que aqui foi apresentado que, se às partes envolvidas se portarem em observância ao já disciplinado no art. 422.º, CC, que traz uma cláusula geral, e ao art. 113.º, CC, que é um critério de interpretação e integração, não se vislumbraria a ocorrência da falta prevista no art. 187.º, CC. Isso porque o art. 422.º, CC, determina a observação dos princípios de probidade e boa-fé, sendo está à objetiva, que se traduz num padrão de conduta. Este que no art. 113.º, CC, orienta uma interpretação delimitada pela boa-fé e nos usos do local de sua celebração, sendo este último sinônimo

⁸⁸ TEPEDINO, op. cit., p. 345.

⁸⁹ Ibidem, p. 345-346.

⁹⁰ Ibidem, p. 346.

⁹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2010, p. 160.

de bons costumes. Logo, o disciplinado pelo art. 187.º, CC, que é de certa forma, uma tentativa de coibir a não realização de um dos dois na relação obrigacional, estaria dispensada.

A inspiração para o dispositivo do Código Civil que se está nesse momento analisando veio do Código Civil Português⁹², já que no ordenamento pátrio não havia, pelo menos diretamente texto legal que coibisse o abuso do direito.

Diz-se diretamente, já que no CC-1916, em seu art. 160.º, I, se tinha, *in verbis*: “Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”. Logo a doutrina entendia que se o exercício do direito não se pautasse no adjetivo “regular”, então se constituiria em ato ilícito gerando responsabilidade⁹³. Caio Mário da Silva Pereira, traz inclusive em sua obra um exercício de lógica ao dizer que prevendo licitude se o ato fosse praticado em seu exercício regular do direito, numa interpretação oposta, o exercício do direito de forma irregular é abusivo. Exemplificando, o mesmo autor trouxe na legislação vigente à época, o caso do mau uso da propriedade previsto no art. 554.º, CC-1916⁹⁴. Todavia, esta não previsão direta, não deve ser motivo para grandes considerações, visto que nem a própria boa-fé objetiva possuía maiores considerações num código que primava pelo individualismo.

O art. 334.º, do Código Civil Português de 1966 (CCP), foi o qual o legislador brasileiro serviu de inspiração nesta parte da matéria. Nele, a forma de o sujeito exercer o seu direito, movimenta-se dentro do molde normativo permissivo que alicerça este mesmo direito. No entanto, o exercer desse direito é contraído pelos parâmetros traçados no próprio art. 334.º, CCP, devendo se moldar à esses três limites trazidos por esse mesmo artigo⁹⁵. Como se pode perceber ao comparar o art. 187.º, CC, com o art. 334.º, CCP, o legislador praticamente o reproduziu⁹⁶.

Para o objetivo a que este trabalho se propõe, ressalte-se ainda a seguinte questão. Se antes a condenação ao comportamento abusivo no exercício de seu direito era algo se

⁹² MODENESI, Pedro. **A relação entre o abuso do direito e a boa-fé objetiva**. Revista eletrônica Direitos Fundamentais e Democracia, v.7, n.7, p.324-351, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/45/45>>. Acesso em: 18 de outubro de 2013. p. 330-331.

⁹³ TEPEDINO, op. cit., p. 346.

⁹⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil, Volume I. 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 431-432.

⁹⁵ CORDEIRO, op. cit., p. 661-662.

⁹⁶ O art. 334, do CCP de 1966, tem a seguinte redação: Artigo 334.º - (Abuso do direito), CCp / 1966, “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”. Perceba a similaridade que se constata em relação ao art. 187, CC (brasileiro).

que inferia de uma análise de lógica. Agora, ao legislador optar por positivizar da forma como foi feito, e pela conclusão que se tira da redação do dispositivo, ele deu ao tema em questão um caráter de *princípio geral*. E sendo dessa forma não se restringe apenas ao direito obrigacional. É o que demonstra Sérgio Cavalieri Filho em consideração acerca da amplitude do tema:

A terceira conclusão a que se tira da redação do art. 187, é de que o abuso do direito, que não era estranho ao Código de 1916, foi agora erigido a princípio geral, podendo ocorrer em todas as áreas do Direito (obrigações, contratos, propriedade, família), pois a expressão *titular de um direito* abrange todo e qualquer *direito subjetivo* cujos limites foram excedidos. Importa dizer que qualquer titular de direito subjetivo (pessoa natural ou jurídica), em qualquer área do direito (público ou privado), poderá praticar esse ato ilícito e, se causar dano, terá que indenizar⁹⁷.

Abordar com profundidade o tema *abuso do direito* levaria a extenso trabalho. Tratar de suas subdivisões, das diversas espécies que a doutrina enumera, além de pormenorizar cada um dos limites estabelecidos pela lei, que na leitura tanto do dispositivo do Código Civil brasileiro, quanto do código português, percebe-se que a boa-fé é um deles, seria matéria de maior complexidade e não é de forma alguma o objetivo deste trabalho. Assim é que, no que concerne a tal tema, se encerra aqui. Termina assim o estudo da boa-fé, mas se retomará algumas considerações aqui tratadas, no terceiro e último capítulo desse trabalho.

⁹⁷ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 163.

2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Inicia-se neste capítulo um estudo acerca dos contratos administrativos e suas peculiaridades, com a finalidade a que se propõe este trabalho. Portanto, cumpre esclarecer que não se tem a intenção de esgotar a temática *contratos administrativos*. Afinal, se assim se quisesse teria que se dispor à realização de um verdadeiro tratado e ainda tal tarefa revelar-se-ia inconclusa.

Mas antes de se adentrar nesse tema, se irá fazer uma breve análise dos contratos em sua assertiva geral. Como se sabe os contratos administrativos guardam peculiaridades que os diferenciam acentuadamente do contrato privado⁹⁸. Todavia, isso não quer dizer que não haja semelhança e regras comuns aos dois. Consequência disso é a própria previsão por parte da Lei 8.666/93, em seu art. 54.º de aplicação subsidiária das normas de direito privado⁹⁹.

2.1. Notas introdutórias acerca do instrumento *contrato*

O estudo dos contratos é uma continuação das obrigações. Ainda se está, portanto, em direitos obrigacionais. Mas qual a diferença entre uma obrigação e um contrato? O estudo do contrato é mais do que uma análise da obrigação de *per si*, é um estudo da fonte que dá origem a maior parte das obrigações. Aliás, é a principal fonte do direito obrigacional. Não é a única, pois, esta pode derivar de um mandamento legal, tem-se como exemplo a obrigação alimentícia, a de uma conduta condenável, situação essa em que atos ilícitos, dolosos ou culposos, geram uma obrigação de reparar e, por fim, a de atos unilaterais de vontade, esta última é também um negócio jurídico¹⁰⁰.

O contrato é uma espécie de negócio jurídico, assim como também o ato unilateral de vontade. Nele ao menos duas vontades se fundem na realização de um propósito específico. Esta é a principal distinção entre ambas as espécies. Assim é que o contrato é um negócio jurídico bilateral¹⁰¹.

⁹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 626-628.

⁹⁹ Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

¹⁰⁰ GONÇALVES, op. cit., p. 21-22.

¹⁰¹ RODRIGUES, Silvío. Direito Civil, volume 3: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade, 30ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 9-10.

Contrato é o instrumento, nele deve haver a manifestação de, no mínimo, duas declarações da vontade, é um acordo de vontades, com uma finalidade negocial.

Apresenta-se aqui o *conceito clássico* de contrato definido por Robert-Joseph Pothier, precursor com outros, do modelo clássico do direito contratual:

§. I. Ce que c'est qu'un contrat. 3. Un contrat est une espèce de convention. Pour savoir ce que c'est qu'un contrat, il est donc préalable de savoir ce que c'est qu'une convention. Une convention ou un pacte (car ce sont termes synonymes) est le consentement de deux ou de plusieurs personnes, pour former entre elles quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour le modifier : Duorum vel plurium in idem placitum consensus, L. 1, §. 1, ff. de pact. Domat. p. 1, l. 1, t. 1. L'espèce de convention qui a pour objet de former quelque engagement est celle qu'on appelle contrat¹⁰².

Essa distinção entre contrato e convenção, tradicional do direito romano, e que Pothier reafirma em sua obra, não repercutiu nos sistemas seguintes, incluindo o brasileiro, para o qual contrato e convenção são sinônimos¹⁰³, de forma a não se falar mais em contrato como uma espécie de convenção.

O contrato assim é tido como a mais importante figura do direito civil dentre os atos jurídicos voluntários¹⁰⁴. Seu papel no desenvolvimento das relações sociais e, sobretudo, comerciais é inquestionável. Servindo como um motor na circulação da riqueza¹⁰⁵. Em que pese tal afirmação, cumpre lembrar que tanto para o BGB, quanto para o ordenamento jurídico brasileiro, o contrato não é instrumento de transferência da propriedade. De forma a se distanciar ainda mais do contrato do sistema francês¹⁰⁶. Mas, será pelo desenvolvimento conceitual trazido, no seio dos códigos francês e alemão, é que a autonomia da vontade irá alcançar prevalência.

¹⁰² POTHIER, Robert- Joseph. Traité des obligations, Paris: Dalloz, 2011, p. 5. “§. I. O que é um contrato. 3. Um contrato é uma espécie de convenção. Para saber o que é um contrato, é necessário antes saber o que é essa convenção. Convenção ou pacto (porque são termos sinônimos) é o consentimento de duas ou mais pessoas para formar entre eles qualquer compromisso, para resolver um precedente, ou para modificá-lo: Duorum vel plurium placitum consensu in idem, O. 1.º, §. 1.º ss. do impacto. Domat. p. 1, l. 1, t. 1. O tipo de acordo que de alguma forma o compromisso está sujeito ao chamado contrato” (Tradução nossa). Esta obra pode ser acessada para consulta no site da editora dalloz. Acesso em 20 de out. de 2013. <http://pvsamplersla5.immanens.com/fr/pvpage2.asp?puc=5202&nu=23&pa=1&r=Pothier,%20Robert%20Joseph>

¹⁰³ RODRIGUES, op. cit., p. 10. No mesmo sentido, GONÇALVES, 2010, p. 23.

¹⁰⁴ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Contratos, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 15.

¹⁰⁵ STOLZE & PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 37.

Rogério Zuel Gomes traz uma posição que mostra o sentido dinâmico do contrato, que apresentava maior utilidade e não apenas a de circulação de riqueza, comenta o autor: “Não se pode, contudo, querer extirpar o contrato do mundo negocial, uma vez que esse instrumento representa a principal ferramenta de circulação de riquezas tanto no modelo de Estado Liberal, quanto no modelo de Estado Social. Assim, como instrumento de circulação de riquezas, o contrato deve assumir também uma função de circulação equânime de riquezas. Ora, se o contrato deixa de ser considerado um fenômeno economicamente neutro, como entendia a Teoria Clássica, ele passa a produzir, segundo a sua Função Social, efeitos distributivos”. (*Teoria contratual contemporânea*, GOMES, 2004, p.85-86).

¹⁰⁶ GONÇALVES, op. cit., p. 23-24.

Será esta, a autonomia da vontade privada, à nota a dar o tom na fase inicial do contrato, esta que é conhecida como “teoria moderna ou tradicional do contrato”¹⁰⁷ que se desenvolveu no contexto do Estado liberal¹⁰⁸. Nela prevalece a ideia de autonomia privada da vontade, da igualdade formal entre as partes, aqui o individualismo é o que reina, e diante dele nem o próprio Estado poderia se contrapor. Fruto das transformações políticas e ideológicas correntes, o grau a que o contrato foi alçado não havia até então encontrado paralelo em nenhuma outra fase da história, e igualmente o mesmo a esta autonomia da vontade. Sendo princípio da teoria contratual clássica, como era enxergado o contrato na sua forma mais primitiva, o *princípio da autonomia da vontade* permitia que se contratasse como quisesse. Assim, esta autonomia era livre e de certa forma sujeita a poucas restrições, apenas se submetendo àquelas de ordem pública. Como se vê esse regime jurídico foi concebido a favorecer o período de desenvolvimento industrial, satisfazendo assim o desejo dos grandes grupos econômicos, e deixando à margem aqueles que não possuíam posses¹⁰⁹.

Isso porque para aqueles que detinham o poder econômico, a ideia de um Estado que intervisse em suas atividades de alguma forma, regulando-as, era algo nocivo. Devia assim ser combatida essa posição. A atividade que se fosse desenvolver devia ser feita da forma mais livre e, apenas, tendo por base aquilo que os celebrantes contratassem. Curioso, é que nesse período se desenvolve os chamados direitos fundamentais de primeira geração, que incluía a liberdade perante o Estado e uma limitação no seu agir. Embora nos dias de hoje estes direitos sejam de suma importância, como se pode perceber o cenário de surgimento, e a motivação para tal, dos mesmos era pouco nobre¹¹⁰.

¹⁰⁷ LÔBO, op. cit., p. 19-21.

¹⁰⁸ O Estado liberal possuía uma atuação mais limitada, no dicionário de política Norberto Bobbio afirma que “eram confiadas apenas às funções que não podiam ser exercidas senão por um aparelho central, quer dizer, estatal. Fora deste complexo funcional (defesa, relações internacionais, jurisdição superior), as funções restantes eram confiadas principalmente às entidades e órgãos locais (as assim chamadas funções de *policia*, em sentido lato), tendo-se em conta que em alguns campos, que depois adquiriram fundamental importância como a economia, os poderes públicos estavam inteiramente ausentes”. Ainda pelo mesmo autor tem-se “O Estado liberal, como bem absoluto, não passa de um ideal limite ou orientador da experiência política, uma vez que conflitos ou tensões, próprios de uma estrutura pluralista, nem sempre são resolvidos pelo diálogo ou pela persuasão, ao contrário, muitas vezes a força atua como fator decisivo; trata-se, porém, de uma força que aceita uma regra jurídica; é melhor conferir do que quebrar a cabeça. Apesar, porém, desta tentativa para regulamentar o uso da força, é preciso reconhecer que não foi eliminada a existência dos poderosos e dos fracos no mercado político e social: a tentativa de legitimação da força, transformando-a em poder (legítimo), nunca a elimina por completo, permanecendo de pé o Estado natural justamente nos espaços não ocupados pela sociedade civil (por exemplo, o mercado econômico assim como o mercado político)”. (BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicolas; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed., Brasília: UNB, 1998, p. 85, 694).

¹⁰⁹ LÔBO, op. cit., p. 20.

¹¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: direitos dos contratos, vol. 4, 2ª ed., Salvador, JusPODIVM, 2012, p. 32.

Como já dito acima, esse modelo interessava e beneficiava a alguns, deixando outra classe à margem, portanto, criando um cenário de injustiça. São os sinais de que o modelo de Estado liberal estava a se esgotar e uma resposta necessitava ser dada¹¹¹.

2.1.2. Mudanças contextuais e a invocação de um novo modelo

Esse modelo de Estado, que foi apresentado, começou a entrar em crise. Diante disso, a percepção é de que a posição passiva ocupada pelo Estado liberal, posição essa que cumpre dizer, embora fosse passiva, estaria a garantir que aquilo que foi pactuado seria cumprido, ou seja, o Estado estava a ser chamado apenas quando fosse de interesse do poder predominante¹¹². Pois bem, essa postura estava a aprofundar a desigualdade social, criando um quadro de opressão para aqueles que não pertenciam à classe dominante, ou seja, a maioria.

Necessitava-se assim que o Estado reconsiderasse a sua atuação e que os organismos jurídicos e legislativos atenuassem essas desigualdades. Tem-se assim a segunda fase que comumente se conhece por Estado social¹¹³. Se aquele Estado é reconhecido por dar tamanha importância ao individualismo, este atuará para contê-lo. É necessário que esta supremacia dada à autonomia e liberdade contratual seja refreada. Se as figuras de destaques no século XIX foram os códigos, no século XX foram as constituições que teriam proeminência. Afinal, a injustiça que se revelava, estava amparada pela lei, era preciso mudar¹¹⁴.

Enquanto que no primeiro período o que se protegia era a autonomia da vontade, a liberdade de contratar e a consideração de que todos eram livres para contrair compromissos ou não, sendo essas as diretrizes da evolução contratual, no segundo período constatou-se que esta liberdade escravizava, e que somente a atuação do Estado

¹¹¹ Ibidem, p. 33.

¹¹² COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, 3: contratos.epub, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 15-19.

¹¹³ E o esgotamento do modelo do Estado liberal que leva ao surgimento dessa segunda fase conhecida por Estado social, “O declínio do Estado liberal, a tomada sempre crescente de mais e mais funções por parte do aparelho central, a entrada do poder público em áreas abandonadas, modificou profundamente o quadro de relações de organização entre órgãos e entidades locais de um lado e o aparelho do Estado de outro” além do que “Se os direitos fundamentais são a garantia de uma sociedade burguesa separada do Estado, os direitos sociais, pelo contrário, representam a via por onde a sociedade entra no Estado, modificando-lhe a estrutura formal”. Dessa forma por Estado Social se entende que o mesmo passa a ocupar uma posição mais ativa na reordenação da circulação e distribuição econômica. É a constatação de que *a mão invisível do mercado*, alardeada por Adam Smith não é capaz de evitar a concentração de renda e exclusão de pessoas de beneficiamento do crescimento econômico. Junto ao desenvolvimento dessa figura tem-se o desenvolvimento dos direitos de segunda geração, que buscavam a igualdade, compreendendo os direitos econômicos e sociais. (Trechos foram utilizados do *Dicionário de Política* de Norberto Bobbio, p. 401).

¹¹⁴ FARIAS & ROSENVALD, op. cit., p. 33-35.

poderia levar a algum equilíbrio¹¹⁵. Este era por sinal desejável, já que o quadro que se formou era de vulnerabilidade e instabilidade, social e política.

Além do mais, verificou-se que esta igualdade entre às partes era uma falácia, como aqui mencionado, era apenas formal, ou seja, não havia aí igualdade entre às partes, motivo que na realidade levará à autonomia da vontade não ser perfeitamente verificada. Afinal como defender a ocorrência plena da autonomia da vontade entre desiguais? Na maioria das relações o que se verificará era uma relação desequilibrada, que culminava com um quadro de exploração daqueles que não detinham posse alguma. Tem-se aqui a situação em que a classe dos trabalhadores, que era a maioria, e que só dispunham de suas forças de trabalho como meio de sobrevivência, não possuíam outra alternativa, a não ser sujeitar-se aos interesses dos grandes, e assim pactuar “num acordo de vontades” a institucionalização da exploração. Daí o cenário que invocava mudanças. Continuar a afirmação de *igualdade entre às partes* era nada mais que uma preposição hipócrita¹¹⁶.

Essa situação acima descrita que afetava grandemente a relação de trabalho, se evidenciava também noutro campo: a da relação de consumo. Acima como a classe obreira estava em grande desvantagem na negociação de sua força de trabalho, o mesmo se aplicava na relação de consumo. Perceba-se que em ambas situações, além de se afetar uma maioria em benefício de uma minoria elitizada, ainda essas classes são, quase sempre, os mesmos personagens. E a medida que o cenário econômico se desenvolvia, com o avanço da tecnologia e o crescimento dos grandes conglomerados, mais se verificava uma despersonalização da relação negocial. Assim, é que no campo da relação consumeirista, tem-se o avanço da figura do *contrato de adesão*. Nele às cláusulas já estão previamente estabelecidas, cabendo à parte aceitá-las e contratar, ou não aceitá-las e não contratar. Perante isso é visível que o contratante que não podia discutir cláusulas perante aquele que à formula é justamente o mais débil nessa relação, enquanto que o estipulador será o mais forte¹¹⁷.

Não precisa, perante isso, ser realizado um grande esforço para se visualizar o quadro de situações por demais injustas. Ora, é a parte mais forte da relação, que detém informações, detém estruturas e capital, ainda formulando às regras que ditam a relação jurídica contratual, que certamente estará na posição de auferir vantagens indevidas,

¹¹⁵ COELHO, op. cit., p. 15-19.

¹¹⁶ STOLZE & PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 42.

¹¹⁷ COELHO, op. cit., p. 19-21.

sobretudo pela formulação de cláusulas obscuras e excessivas que se originam de um comportamento de flagrante má-fé.

Dessa forma é que houve uma reformulação da contratualística, como se verá mais adiante em detalhes, em que se migrou daquela visão de igualdade formal e passou-se a consideração de que não apenas devia o Estado agir, participando e regulando, como devia considerar que apenas a lei não era parâmetro de instituição de igualdade, mas que deveria haver uma atuação equalizadora das condições dos contratantes, sobretudo jurídica, para que pudesse com isso se efetivar a proteção. Assim a autonomia da vontade passaria a uma maior tutela, sobretudo nas situações em que, a condição de vulnerabilidade e hipossuficiência de uma das partes, fosse de maior evidência¹¹⁸.

2.1.3. Teoria Contemporânea do Contrato

As mudanças dos contextos político e social no qual estava originalmente inserido o *instituto do contrato*, conforme acima já mencionado, levou inevitavelmente a uma mudança da forma de se considerar o mesmo. Saindo da dicotomia *liberdade e igualdade*, sendo que como ressaltado, esta última era apenas formal, e que apenas atendia ao individualismo, passou-se à consideração de aspectos não tão constatáveis de início. Assim a *liberdade-igualdade* que era suporte à prevalência da autonomia da vontade, passará a levantar a seguinte questão: será que realmente ambas as partes possuíam mesmo essa liberdade para contratar? Aqui, diante da constatação de que em determinados contratos não há necessariamente esta liberdade de contratar, obviamente que quando de sua execução, o princípio da obrigatoriedade poderá ser mitigado.

A partir de agora, passa a haver uma subordinação no exercício da liberdade de contratar em relação às normas de ordem pública, que seriam mais numerosas. Antes já existiam estas normas, mas recordando que a regra era de não intervenção na autonomia privada, o Estado pouco regulava. Essas normas de ordem pública são o “conjunto de interesses jurídicos e morais que incumbe à sociedade preservar”¹¹⁹, logo é preceito dirigido a todos, de forma que deve ser observado, não podendo ser contrariado nem mesmo pela vontade das partes.

A desmistificação da ideia de *igualdade entre contratantes* para discutir termos, aceitá-los ou não, acabou por obrigar o legislador a intervir mais no desenvolvimento do

¹¹⁸ Id.

¹¹⁹ RODRIGUES, op. cit., p. 16

exercício da vontade privada. A intervenção, antes excepcional, passou a ser regra visando a reduzir a perniciosidade produzida pelo desequilíbrio observado na prática do sistema. Embora isso tenha avolumado no advento do Estado social, mesmo antes dele já se observará ocorrências neste sentido¹²⁰.

Além disso, os efeitos do contrato eram analisados apenas tendo por parâmetro os reflexos produzidos no campo individual das partes, de forma que diante de tudo o que se viu até aqui, sobrevirá ainda outra questão: num contrato firmado, em que às partes manifestam sua vontade, será que a execução daquele contrato só interessaria a estas partes? Será que não afetariam àqueles a sua volta? Será que os efeitos permaneceriam apenas entre as partes? Diante da percepção de que os contratos não refletem apenas naqueles que o contratam, então se percebeu que os efeitos do mesmo deveriam ser mitigados, trazendo aqui uma publicização da matéria contratual. Em que o Estado se fará cada vez mais presente, em especial, quando se percebe que às partes, ou uma delas, não eram necessariamente livres no momento da negociação. Diante disso, o que se observa é que há sim uma mitigação da forma como se conceituava estes princípios clássicos. Adotando-se uma análise mais relativizada dos mesmos, diante da percepção de que os conceitos ora antes apresentados não se adequavam diante da análise fática.

Os direitos fundamentais de segunda geração, trazidos no bojo do desenvolvimento do Estado Social abalaram o viés do individualismo do direito privado. Mas serão os direitos fundamentais de terceira geração, os direitos de natureza transindividuais, que transformarão mais profundamente a estrutura do contrato. Se antes o apelo por mudanças tinha como intuito o estabelecimento de um quadro mais justo, diante da intensidade exploratória, agora a motivação é a própria inadequação estrutural perante às novas relações que se desenvolveram. De maneira que com o advento dos direitos de natureza transindividuais não mais se podiam permitir que a individualidade fosse exercida a seu extremo¹²¹.

Perante isso o conceito de contrato mudou do estabelecido na teoria clássica ou contratual. Assim conquanto o contrato fosse ditado pelas leis e suas cláusulas, passou a ser cada vez mais referenciado por valores principiológicos que poder-se-ia abstrair dos textos positivados no sistema jurídico, dos bons costumes, doutrina e finalidade do mesmo.

¹²⁰ LÔBO, op. cit., p. 22-23. Acrescenta-se ainda RODRIGUES, 2004, p. 19.

¹²¹ LÔBO, op. cit., p. 23.

Aquela visão de o contrato ser um instrumento de estabelecimento de compromissos, trazida por Robert-Joseph Pothier, sem nenhuma ressalva, deslocou-se para a de um instrumento que embora firmasse compromissos, o faria sob certos limites. É o que se observa no conceito trazido por Pablo Stolze Gagliano, de que “é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades”¹²². Como se pode entender dessa definição, este conjunto de vontades que se molda a produção de um determinado efeito jurídico, está limitado, não mais atuando livremente sem nenhum critério norteador.

2.1.4. A Era dos Princípios

O Código Civil de 2002 veio trazer os limites sobre que a formação do contrato estaria vinculada. Até pelo contexto histórico da sociedade, o anterior Código de 1916, não varolizava muitos dos princípios sociais, até pelo fato de que muitos estavam em sua fase embrionária de formação. No Código Civil de 2002, o legislador irá positivar muito do que vinha sendo discutido na doutrina e já firmado na jurisprudência. Assim é que se tratará de alguns destes princípios contratuais, não todos, pois, o trabalho não tem esta finalidade e enveredar por tal caminho não permitiria concluir aquilo que é o objetivo maior.

Na doutrina é diversa a classificação do que viria a ser os mais importantes princípios contratuais. Alguns dos princípios viriam a existir desde a teoria tradicional, outros, com o advento da teoria contemporânea. Embora não se falará de todos, ao menos se fará uma menção acerca de sua existência. São eles: *princípio da autonomia da vontade* também conhecido como autonomia privada, *princípio da supremacia da ordem pública*, *princípio da função social dos contratos*, *princípio da boa-fé*, *princípio da obrigatoriedade* ou força obrigatória dos contratos ou ainda *pacta sunt servanda*, *princípio da relatividade dos efeitos contratuais*, e por fim, *princípio da justiça contratual* que nele abriga a ideia da revisão contratual e prevê a ocorrência da onerosidade excessiva.

¹²² STOLZE & PAMPLONA, op. cit., p.47.

Abordar-se-á neste capítulo apenas alguns desses princípios, lembrando que o princípio da boa-fé não será abordado, pois já é objeto de um capítulo próprio, visto que o mesmo é tema central deste trabalho, daí o porquê de primorosa atenção.

2.1.4.1.Princípio da função social do contrato

Em um primeiro momento, a manifestação da vontade estava a ser contida apenas pela condição de que tudo seria possível fazer desde que a lei não proibisse. Sendo assim, poder-se-ia visualizar dentro da mesma manifestação, aquilo que se quisesse acordar. No entanto, considerando que o contrato traz reflexos que extrapolam os efeitos que incidirão apenas aos contratantes, sobretudo quando os parâmetros são os direitos transindividuais, há aqui um interesse público também, há um interesse social por detrás de esta contratação, de forma que o campo de liberdade, de licitude, que antes era amplo, estará agora subordinado ao respeito do *princípio da função social*. Assim, essa consideração ao interesse de personagens que não estão diferentemente envolvidos no contrato, mas que poderão se afetados, ainda que indiretamente, pelo mesmo, é o objeto da observação do *princípio da função social do contrato* que está plasmado no ordenamento no art. 421.º, CC¹²³. Tal princípio balizará todos os instrumentos contratuais existentes.

Mas o que é *função social*? Ora, não é princípio nem um pouco fácil de se definir, nem é o objetivo deste trabalho. No entanto, cumpre trazer de forma sucinta, que a opção do legislador pelo uso de uma cláusula aberta não foi equivocada, ao adotá-la o legislador quis demonstrar que é o operador do direito que fará uma leitura e interpretação da mesma diante do caso concreto e de uma análise dos valores correntes, estes que permeiam em constante mutação. Portanto, aqui é o que torna dinâmico o contrato, que firmados no passado poderiam estar a respeitar esse princípio da função social e que se hoje fossem firmados com idênticas cláusulas não estariam a observá-lo. Daí que este princípio será sempre atual no critério de norteamiento do contrato, cabendo aos contratantes analisar, se à luz da dinâmica e pungente sociedade estar-se a respeitá-lo.

O art. 421.º, CC, é uma cláusula geral que se aplica a todos os contratos. Nele se consagra o *princípio da função social* e o princípio da autonomia da vontade, sendo que a liberdade contratual funda-se neste e limita-se naquele. De forma que a função social legitima a autonomia da vontade ao invés de coibi-la. O limite da função social sobre a

¹²³ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

plenitude da autonomia de contratar é para que esta se atenha a finalidade eleita pelos valores constitucionais. Até porque se um contrato não observa esses valores, ao repercutir socialmente, e ele o fará, estará a desprestigiar aqueles valores não observados, prejudicando o andamento de todo o sistema. Afinal, “os contratos interessam à sociedade” e podem afetar àqueles que dele não fazem parte. A ofensa à função social por uma cláusula do contrato torná-la-á nula. Cuide que não será o contrato, mas apenas a cláusula, conservando-se assim o contrato, já que a conservação dos negócios jurídicos é um princípio a ser perseguido, pelo menos na maioria dos casos¹²⁴.

Paulo Lôbo traz ainda a terminologia *princípios sociais* que seria gênero da qual teriam espécies entre elas a *função social do contrato*. Até porque foi o Código Civil que trouxe de forma expressa esse princípio, mas já no CDC, em seu art. 4.º, também seria possível abstrair-lo dentre os critérios norteadores ali trazidos. É importante frisar que os princípios sociais, dentre os quais está a *função social do contrato*, “são comuns a todos os contratos, ainda quando não se configure o poder negocial dominante”¹²⁵.

Ainda na senda do mesmo autor, importante lição apresenta acerca de tal princípio e seu alcance:

Os princípios sociais do contrato não eliminam os princípios individuais do contrato, a saber, o princípio da autonomia privada negocial, o princípio da força obrigatória (*pacta sunt servanda*) e o princípio da relatividade dos efeitos do contrato; mas limitam e conformam, profundamente, seu alcance e seu conteúdo. [...] os princípios individuais são compatíveis quando estão limitados e orientados pelos princípios sociais [...]¹²⁶.

Acredita-se, que para o objetivo de trazer apenas a noção de contrato como termo geral, o que aqui foi apresentado cumpriu o propósito. Não se irá prolongar esse assunto, sob pena de se desfocar do tema do trabalho.

2.2. Os contratos no Poder Público

Após essa breve explanação acerca do *contrato*. Adentrar-se-á na situação em que um dos contratantes será o Poder público. Ainda que comentado de forma muito breve, acerca das diversas situações em que o Estado contrata, o enfoque recairá sobre o *contrato administrativo*. Que é o objeto de maior análise desse trabalho.

¹²⁴ ROSENVALD, Nelson. Arts. 421 a 652: dos contratos em geral. In: PELUSO, Cesar (Coord.) **Código Civil comentado**. 4ª. edição. Barueri: Manole. 2010. p. 480-482.

¹²⁵ LÔBO, op. cit., p. 67-70.

¹²⁶ Ibidem, p. 67.

2.2.1. O Contrato na Administração

Quando duas ou mais vontades se juntam na perseguição de um propósito, se tem o que já foi demonstrado nesse trabalho: *o contrato*.

A Administração pública quando na execução de suas atividades, tende a produzir atos administrativos, em que se terá a manifestação de uma única vontade para realização de um feito ou busca de uma finalidade específica. Mas esta Administração pode vir a participar de relações jurídicas bilaterais. Nestas, como a própria terminologia aponta, duas ou mais vontades se reúnem para a execução de um propósito: são os *contratos da administração*¹²⁷.

Estariam ao abrigo desta expressão tantos os contratos feitos com a Administração que se subordinam ao regime de direito público, quanto os subordinados ao regime de direito privado¹²⁸.

Assim os *contratos da administração* seriam gênero que abrigariam espécies, dentre as quais, aquela que nos interessa para este estudo: *o contrato administrativo*.

Embora a outra espécie, que seriam os *contratos de direito privado da Administração*, não interesse para o fim a que se propõe esse trabalho. Entretanto, cumpre apenas de forma resumida trazer que nele a Administração pública figuraria “no mesmo plano jurídico da outra parte”,¹²⁹ qual seja do particular.

Diante disso, a ocorrência de vontades que se assemelham na forma de cumprimento dos contratos entre particulares, é o que descreve da pena do jurista argentino Miguel Ángel Berçaitz:

Ese acuerdo de voluntades puede cumplirse en la misma forma que se produce entre particulares: es cuando, colocándose en igualdad jurídica con su colaborador, la Administración pública celebra verdaderos contratos de derecho privado, regidos por el código civil, por el derecho comercial, etc.[...]¹³⁰.

¹²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 171-172. Ver também GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 751.

¹²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 259. Posição contrária de doutrinadores que não acolhem o uso desse termo, *contratos da administração* pode ser consultada em JUSTEN FILHO, Curso de Direito Administrativo, 2012, p. 419, que usa o termo *contratos administrativos* de forma genérica. Assim como também o faz SUNDFELD, Licitação e Contrato Administrativo, 1994, p.199-200.

¹²⁹ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 172.

¹³⁰ BERÇAITZ, Miguel Ángel. Teoria general de los contratos administrativos. 2 ed. Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 6. “Esse acordo de vontades pode se cumprir da mesma forma que ocorre entre os particulares: é quando, colocando-se em igualdade jurídica com seu contratado, a Administração pública celebra verdadeiros contratos de direito privado, regidos pelo código civil, pelo direito comercial” (Tradução nossa).

Na realidade, há crítica ao uso desse nome *contratos privados da Administração*. O que se invoca para defender a inexistência desse tipo de contrato seria o fato de que nunca a Administração seria equiparada ao mero particular¹³¹, sujeita apenas a regras de direito privado. Defende-se que por sempre haver alguma aplicação de normas de direito público, não se poderia admitir essa nomenclatura.

De qualquer forma para efeitos deste trabalho, se considerará essa diferenciação¹³² que mostra de um lado um contrato, feito pela Administração pública com um particular com predomínio de normas de conteúdo de direito privado e relação de horizontalidade, muito embora esta seja também relativa, e de outro, um contrato feito pela Administração pública com um particular com predomínio de normas conteúdo de direito público e relação de verticalidade¹³³.

2.2.2. O contrato administrativo: Conceito e noções gerais

É na doutrina francesa que se dá o desenvolvimento da *teoria do contrato administrativo*. E a mesma irá refletir diretamente no ordenamento brasileiro, já que este praticamente copiou o que se desenvolveu na França¹³⁴.

No contrato administrativo o direito público é que prevalece. Não há aqui aquela regra de igualdade de partes. Aqui se tem uma prerrogativa de Estado¹³⁵, uma supremacia do interesse público sobre o privado.

Já foi visto que o *princípio da função social dos contratos* veio revolucionar a maneira de realizar negócios no direito privado. Pois, que se constatou que um acordo de vontades entre duas pessoas poderia afetar terceiros que não estavam diretamente envolvidos. Assim, contratos que celebravam negócios que antes possuíam por parâmetro apenas o desejo das partes, passou agora a ter que observar cada vez mais uma gama de princípios explícitos e implícitos no ordenamento.

¹³¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Licitação e contrato administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 201

¹³² Para tanto a posição de Marcelo Caetano será aqui apresentada, que diz: “Em nosso entender, porém, nem a figura do contrato é incompatível com o Direito público nem os contratos regulados pelo Direito público pertencem a gênero diferente dos que conhecemos no Direito Privado. [...] Ora, desde que o Estado, num regime de Direito pode vincular-se juridicamente aos particulares através dos atos legais das autoridades públicas, nada impede que essa vinculação se opere por contrato. [...] Dizer que nos acordos celebrados pelo Estado nunca há senão a sucessão de atos administrativos a que corresponda a submissão voluntária do particular, é fechar os olhos à realidade”. (*Princípios fundamentais do direito administrativo*, Marcelo Caetano, 1977, p.219-220);}

¹³³ DI PIETRO, op. cit., p. 259-260. Para ver mais, consulte: JÈZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Vol. III, 1949, p. 5.

¹³⁴ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 628-630.

¹³⁵ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 173.

Interessante questão é que se entre dois particulares, na consecução de um negócio, devem-se ater aos ditames valorativos prezados pelo sistema jurídico, seria de se defender que em um contrato em que uma das partes é a Administração pública, e mais, justamente pelo fato de que o este contrato tenha justamente como finalidade a realização de um interesse público, incidiria a obrigação de se portar aos mesmos ditames. Percebe que aqui a questão é muito mais elevada, no que concerne ao impacto sobre a sociedade, do que os contratos antes analisados. Assim é que um dos princípios elementares do direito administrativo, e que se refletirá nos contratos realizados pela Administração pública, é o da *supremacia do interesse público sobre o individual*.

Embora esta divisão entre direito público e direito privado não seja absoluta, há de certa forma um reconhecimento de que se está havendo, em diversos campos, uma publicização do direito privado. O ramo comumente denominado *direito público* e que se encontra abrigado sobretudo, nos campos do Direito Constitucional e Administrativo, tem como meta a realização do bem coletivo. De forma que quando da colisão de um interesse individual com um interesse público, este tende a ter supremacia sobre aquele¹³⁶.

Daí porque uma das primeiras diferenças entre os *contratos administrativos* e os contratos anteriormente estudados. Enquanto toda uma gama de princípios se fizeram necessários para buscar um equilíbrio numa relação, que só possuía uma igualdade formal, e também, indicar uma atenção aos reflexos que o contrato poderia causar no meio da sociedade. O contrato administrativo ele já parte de uma posição em que não há igualdade jurídica entre às partes e que sim, o reflexo vai ser sentido na sociedade e é para isso que o mesmo está sendo realizado.

Dessa maneira é que no contrato administrativo a Administração poderá se portar de forma bem distinta do que num contrato privado se verificaria. Poderá agir de forma a melhor concretizar o interesse que o motivou, qual seja, o interesse público. Pode alterá-lo, pode extingui-lo, pode proceder de forma que a outra parte não poderá fazê-lo. Essas prerrogativas não possuem outro sentido a não ser “garantir a satisfação do interesse público”¹³⁷. O interesse público tem urgência, além de sentido. E esse deve ser o critério decisivo para que a Administração acione quaisquer prerrogativas permitida pela lei na busca desses objetivos.

¹³⁶ DI PIETRO, op. cit., p. 65-67.

¹³⁷ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 627-628, 633.

Assim é que o grande divisor do contrato administrativo é ele estar sujeito a um conjunto de aspectos diferenciais em razão da presença da Administração pública em exercício de sua função de Poder Público.

Da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, conclui-se a seguinte definição de *contratos administrativos*:

Contrato administrativo é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas sujeitam-se a variáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratado privado¹³⁸.

Por terceiros, entende-se que está aí tanto pessoas físicas quanto jurídicas, incluindo às privadas e públicas. E que a presença da Administração, deve ser na condição de Administração perseguindo um interesse eminentemente público¹³⁹. No entanto, na doutrina a ideia da ocorrência de um contrato administrativo entre dois entes públicos não é pacífica. Para José dos Santos Carvalho Filho, ela pode ocorrer¹⁴⁰, mas seria rara, e no caso de ocorrer, estaria mais para a relação jurídica de convênio, além de que um dos pilares presentes no contrato administrativo não se faria presente, qual seja, a da supremacia de uma das partes, já que ambas às partes seriam Administração Pública. Ainda, pela mesma argumentação, há a total negação¹⁴¹ à possibilidade de se reconhecer como contrato administrativo quando ambas às partes nos polos forem pessoas jurídicas de Direito Público.

Os contratos administrativos, embora tenham peculiaridades que não se encontram na classificação do direito privado, e que se verá mais adiante, possuem também algumas regras usadas no direito civil.

Os *contratos administrativos* são *consensuais*, ou seja, dependem de um acordo de vontades¹⁴², não se confunde com o ato administrativo em que a vontade é unilateral. É um acordo de vontades que irá criar direitos e obrigações para ambas às partes. Embora haja exceções, é em regra *formal*,¹⁴³ o contrato administrativo exige a observância de

¹³⁸ Ibidem, p. 632-633.

¹³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 36 ed. atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010, por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 215. Na mesma posição: DI PIETRO, 2012, p. 259.

¹⁴⁰ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 175.

¹⁴¹ GASPARINI, op. cit., p. 757.

¹⁴² DI PIETRO, op. cit., p. 263-264; GASPARINI, op. cit., p. 756; MEIRELLES, op. cit., p. 215.

¹⁴³ DI PIETRO, op. cit., p. 265. Observe o que dispõe a Lei 8.666/93, que rege às licitações, em seu art. 60, pu: Art. 60. (...) Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de

certos requisitos, tem forma predefinida na lei sendo indispensável à validade do mesmo.¹⁴⁴

Os *contratos de administrativos* são *comutativos*,¹⁴⁵ ou seja, às obrigações das partes estão predefinidas, e há equivalência entre elas. O oposto dos contratos comutativos são os contratos aleatórios em que uma das partes ficam sujeitas a um risco futuro e incerto.

Os *contratos administrativos* são *contratos de adesão*,¹⁴⁶ ou seja, não admitem rediscussão de cláusulas em seu momento de formação. À medida que se participa da licitação, ocorre à aderência. Portanto, embora seja um contrato consensual, pois depende que a parte de forma livre se manifeste por aceitar, às cláusulas são estabelecidas pela Administração e o ato de participar do processo licitatório demonstra que elas foram aceitas. Mesmo quando não há licitação, pois há situações na lei em que isso é previsto, ainda assim será a Administração que estabelecerá às cláusulas, firmadas na lei e no interesse público, este indisponível.

Os contratos administrativos também são *intuito personae*, mas neste adjetivo se terá uma forma distinta de ser visualizado. Nesta característica estaria abrigado o sentido de que é de responsabilidade do contratante, não podendo o mesmo invocar que foi por ato de alguém que resultou em determinada ocorrência danosa ou omissiva, sendo que quando se quiser prever que é de obrigatoriedade do contratado a execução do contrato ele seria *de execução personalíssima*, pelo menos é assim que defende Diogenes Gasparini¹⁴⁷. Para Hely Lopes Meirelles, o sentido *intuito personae* é o de justamente ter como regra a vedação da transferência pelo contratado a outro¹⁴⁸, ou seja, evitar a subcontratação, sendo isso uma regra que comporta exceção. Todavia, pode haver subcontratação em um contrato administrativo. A lei permite desde que respeitado alguns requisitos, necessitando estar prevista no edital e no contrato, além disso, tem que haver uma autorização do Poder Público. É o que dispõe os art. 72.º e art. 78.º, VI, da Lei 8.666/93.¹⁴⁹

pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento.

¹⁴⁴ GASPARINI, op. cit., p. 756; MEIRELLES, op. cit., p. 215; CARVALHO FILHO, op. cit., p. 178; DI PIETRO, op. cit., p. 265. Marçal Justen Filho afirma ainda que “o terceiro não poderá arguir boa-fé ou ignorância acerca da regra legal”. (JUSTEN FILHO, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 15ª ed., 2012, p.862).

¹⁴⁵ MEIRELLES, op. cit., p. 215; CARVALHO FILHO, op. cit., p. 173; GASPARINI, op. cit., p. 756.

¹⁴⁶ DI PIETRO, op. cit., p. 275.

¹⁴⁷ GASPARINI, op. cit., p. 756.

¹⁴⁸ MEIRELLES, op. cit., p. 215.

¹⁴⁹ Observe o que prevê os dispositivos da Lei 8.666/93:

Já se viu que a Administração pública ocupa posição de revelo perante o contratado, quando em questão está o contrato administrativo, mas uma situação que merece uma análise neste trabalho, é quando o ente contratante faz parte da Administração indireta, sob a forma da figura da *Empresa Pública* ou da *Sociedade de Economia Mista*. Embora o art. 6.º, XI, Lei 8.666/93,¹⁵⁰ traga o que abrange o conceito de Administração pública e nela estejam relacionadas todos os entes da Administração indireta, inclusive os com personalidade jurídica de direito privado, fazendo-se pleno a consideração de que estes também contraem contratos administrativos. Ocorre, que esses entes, até por explorarem atividades econômicas, nem sempre estarão a operar no campo da implementação de uma finalidade eminentemente de interesse público, assim é que eles celebrarão com mais frequência contratos da esfera do direito privado, seja contratos civis, empresariais, trabalhistas, de consumo, entre outros.

Todavia, até pela análise do texto normativo, eles celebrarão também contratos administrativos, sendo que o que determinará é justamente o interesse público envolvido.¹⁵¹ Portanto, pode sim uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista ser polo num contrato administrativo e exercer às prerrogativas de supremacia perante a outra parte.¹⁵²

Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

¹⁵⁰ Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

¹⁵¹ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 178-179.

¹⁵² **EMENTA: ADMINISTRATIVO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. NATUREZA ADMINISTRATIVA. 1.** Contrato de prestação de serviços firmado, após procedimento licitatório, entre a ECT e as recorrentes para a construção de duas agências dos Correios. Paralisação das obras. Alegação de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Natureza da relação jurídica contratual entre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e as Construtoras prestadoras de serviços. **2.** Pleito recursal visando a aplicação das normas de Direito Privado relativas ao Direito do Consumidor com o objetivo de evitar prática contratual considerada abusiva. **3.** A ECT é empresa pública que, embora não exerça atividade econômica, presta serviço público da competência da União Federal, sendo por esta mantida. **4.** O delineamento básico da Administração Pública brasileira, seja direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, restou estabelecido no art. 37 da Constituição Federal, que no seu inciso XXI, fixou a licitação como princípio básico a ser observado por toda a Administração Pública. **5.** A Lei de Licitações e Contratos estabelece que o contraente poderá servir-se das cláusulas exorbitantes do direito privado para melhor resguardar o interesse público. É de sabença que as cláusulas exorbitantes são as que inexistem no Direito Privado e permitem ao Poder Público alterar as condições de execução do contrato, independentemente da anuência do contratado. **6.** À luz do art. 37, XXI, da Constituição Federal, a natureza do vínculo jurídico entre a ECT e as empresas recorrentes, é de Direito Administrativo, sendo certo que a questão *sub judice* não envolve Direito Privado, tampouco de relação de consumo. Aliás, apenas os consumidores, usuários do serviço dos correios é que têm relação jurídica de consumo com a ECT. **7.** Consoante o acórdão *a quo*, a empresa contratada não logrou demonstrar qualquer ilegalidade

2.2.3. Modalidades de contratos administrativos

Embora, o contrato administrativo como visto, seja uma espécie do gênero *contratos da Administração*, mesmo ele congrega tipos contratuais que guardam especificidades.

Tem-se os *contratos administrativos propriamente ditos*, que são regulados pela Lei 8.666/93, e englobam os contratos de obras, os contratos de prestação de serviços e os contratos de fornecimento. Os *contratos de obras*, que estão no art. 6.º, I, Lei 8.666/93,¹⁵³ são feitos todas às vezes que a Administração pública precisa construir ou reformar alguma coisa. As reformas são consideradas obras também. Já os *contratos de prestação de serviço*, presentes no art. 6.º, II, Lei 8.666/93, são aqueles contratos nos quais a Administração contrata uma empresa para prestar um determinado serviço, público ou não, e a mesma paga esta empresa pelos serviços prestados. Seria este exemplificativo e aquele taxativo. Além do contrato de prestação do serviço que é uma atividade contínua, podendo durar até sessenta meses, temos ainda, os *contratos de fornecimento*, no art. 6.º, III, da referida lei, destinam-se a prestar materiais para execução da atividade administrativa¹⁵⁴.

Há ainda os *contratos de concessão*, uma modalidade de contrato administrativo que congrega outras submodalidades: contrato de concessão de uso de bem público, contrato de concessão de serviço público comum, contrato de concessão de serviço público precedido da execução de obra pública, contrato de concessão patrocinada e contrato de concessão administrativa, estes últimos dois introduzidos pela Lei 11.079/04 e são concessões especiais conhecidas também por parceria público-privada. Além desses há ainda os *contratos de gestão*, que são celebrados com autarquias, e quando isso ocorre

cometida pela ECT em face da legislação que rege os contratos públicos quando da licitação, ou o efetivo desequilíbrio econômico na execução da obra, matéria esta que não pode ser revista nesta instância extraordinária, ante o óbice da súmula 07. Sob essa ótica, resvala a tese sustentada pelas empresas recorrentes no sentido de que o acórdão recorrido malferiu os artigos 6º, 29 e 51 do Código de Defesa do Consumidor, mercê de burlar as regras de revisão contratual destinadas ao equilíbrio financeiro do ajuste firmado entre as partes. **8.** Recurso especial desprovido. (Resp 527.137-PR, 1ª Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, em 11.5.2004 (*Jurisprudência STJ* nº 208, maio/2004).

¹⁵³ Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta; II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais; III - Compra - toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente; (...).

¹⁵⁴ MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 482-483.

transforma esta autarquia numa *agência executiva*, Leis 9.637/98 e 9.649/98¹⁵⁵. Ainda há as *permissões de serviço público*, que segundo a doutrina se assemelha a um ato unilateral e precário da administração, autores há que os classifiquem como contratos administrativos,¹⁵⁶ outros, invocam que o seu uso está em desarmonia e que em havendo e possuindo prazo, seria mais uma concessão, que é uma modalidade de contrato administrativo, que uma permissão¹⁵⁷.

Aliás, interessante é a explicação trazida por Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o que leva o Estado a fazer uso da permissão “O Estado, em princípio, valer-se-ia da permissão justamente quando não desejasse constituir o particular em direitos contra ele, mas apenas em face de terceiros”¹⁵⁸, de qualquer forma, mesmo ela sendo um ato precário, deve ser precedida de licitação, é o que se depreende da leitura do art. 2.º, IV, da Lei 8.987/95¹⁵⁹.

Portanto, como se percebe, os contratos administrativos podem ser ampliados em modalidades através de criação legislativa. E isso se faz necessário, pois, à medida que há evolução nas relações negociais, cria-se necessidade de um aperfeiçoamento dos instrumentos que as fundamentem. De forma que a adoção de um modelo estático apenas contribuiria para tornar o sistema obsoleto. O intuito ao trazer este pequeno tópico *das modalidades do contrato administrativo* foi apenas o de despertar no leitor a ciência de que quando se fala de contratos administrativos, fala-se de diversos instrumentos que guardam tópicos semelhantes e tópicos específicos. Não se pretende, e nem se teria porque pensar assim, em esgotar o tema. Nos doutrinadores, cada uma dessas modalidades ocupa um espaço detalhado de estudo, às vezes capítulos, e não raro, obras específicas. De forma que não haverá maiores aprofundamentos para esse tema.

¹⁵⁵ As respectivas leis são: Lei 11.079/04, Lei que institui normas gerais de licitação e contratação de parceria público-privada; Lei 9.637/98, trata das Organizações sociais; Lei 9.649/98, entre as diversas atribuições dela está a previsão de qualificar uma autarquia ou fundação em agência executiva.

¹⁵⁶ MARINELA, op. cit., p. 484.

¹⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 778.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 775.

¹⁵⁹ Transcrição do art. 2º, IV, 8.987/95: Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: (...) IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

2.2.4. A Licitação

Antes de se abordar a formação dos contratos administrativos, se dará uma noção introdutória acerca da licitação, etapa procedimental antecedente em quase todos os contratos administrativos.

Buscou-se a definição técnica oferecida no próprio manual de Licitações & Contratos do Tribunal de Contas da União para o conceito, é o que se segue:

Licitação é procedimento administrativo formal em que a Administração Pública convoca, por meio de condições estabelecidas em ato próprio (edital ou convite), empresas interessadas na apresentação de propostas para o oferecimento de bens e serviços¹⁶⁰.

Já se mencionou que às prerrogativas com que a Administração pública se reveste no contrato administrativo tem sua fundamentação na plena contemplação do interesse público. Veremos inclusive essas prerrogativas um pouco mais adiante, assim como também a ideia do que vem a ser *interesse público*. Ocorre também que a própria contratação possui todo um rito que garanta que os princípios administrativos sejam por completo observados, além de que o interesse público será o valor primordial a ser perseguido.

Além disso, por outros princípios muito caros ao Direito Administrativo, como o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, esses plasmados na Constituição Federal, assim como outros implícitos, todos invocam a necessidade de um ritual previsível à contratação pública.

Afinal, a regra na Administração pública é oposta da do campo privado, enquanto este possui ampla liberdade, aquela está adstrita a fazer o que a lei manda e como manda.

Essa é a sintetização da legalidade administrativa, como preleciona Hely Lopes Meirelles em sua obra:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei na proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”¹⁶¹.

Por tal maneira é que a legalidade deve imperar desde o momento em que o administrador decide que necessita contratar, realizar, até a plena efetivação do ato. A

¹⁶⁰ Brasil. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 19.

¹⁶¹ MEIRELLES, op. cit., p. 89.

licitação se destina então não apenas a busca da melhor proposta, em todos os seus aspectos, como também permitir que o administrado possa contratar com a Administração perante uma oportunidade igualitária, coibindo o favoritismo, prezando assim o respeito à moralidade, e afastando ainda mais prejuízos que uma relação perniciosa acarretaria.

De maneira que optou-se, para além do conceito técnico trazido, do próprio TCU, apresentar a definição do jurista Carlos Ari Sundfeld que diz:

Licitação é o procedimento administrativo destinado à escolha de pessoa a ser contratada pela Administração ou a ser beneficiada por ato administrativo singular, no qual são assegurados tanto o direito dos interessados à disputa como a seleção do beneficiário mais adequado ao interesse público¹⁶².

Como se deve perceber, esse conceito abrange tanto a busca da melhor proposta, como oportunizar ao particular a possibilidade de vir a ser um contratado, de forma a se verificar uma composição de harmonia entre o interesse público e o interesse particular. Somado a esses dois objetivos, temos um terceiro, qual seja, “a promoção do desenvolvimento nacional sustentável”¹⁶³, todos plasmados no art. 3.º, *caput*, da Lei 8.666/93¹⁶⁴.

Os critérios da licitação estão contidos de forma genérica na lei, e também, nos atos administrativos normativos. A Lei 8.666/93 é a mais conhecida por trazer o regime jurídico geral, mas há outras, como as Leis 8.987 (concessões e permissões), 10.520 (pregão), 11.079 (regula as PPP's), 12.232 (serviços de publicidade e propaganda) e 12.462 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas). Será o instrumento convocatório que trará as delineações para a licitação que ocorrerá, em geral ele será o *edital*, mas pode ser também o *convite*. E esse ato convocatório, assim como os demais atos decisórios, devem estar subordinados às observações dos princípios do direito administrativo. Deve ser objetivo, trazendo requisitos necessários, havendo ali às regras impostas naquele caso pela Administração, desta forma, caberá à mesma dar a conhecer a sua vontade, não apresentando regras ambíguas para que os participantes se vejam obrigados a adivinhar o que ela anseia. O ato convocatório é um ato administrativo unilateral, lembrando que ele inicia o processo, que culminará ao final no contrato administrativo¹⁶⁵.

¹⁶² SUNDFELD, op. cit., p. 15.

¹⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 8 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 448.

¹⁶⁴ Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

¹⁶⁵ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 441-450.

Alguns princípios que mais incidem na licitação fazem-se necessários mencionar, ainda que de forma breve. O primeiro que será analisado é o *da vinculação ao instrumento convocatório*, que como regra geral é o edital. Sendo uma espécie de *lei da licitação*. Estabelece, dentro dos limites da lei, todas as regras e normas daquele certame. Tudo que será respeitado tanto pelos licitantes, quanto pela Administração. Ele vincula o próprio Estado. O edital estabelece todas as normas de licitação inclusive a forma de julgamento¹⁶⁶. Em seguida o *princípio do julgamento objetivo* no qual o edital de licitação deve explicar objetivamente como será feito o julgamento do vencedor. Não deve haver surpresa no procedimento licitatório. O próprio edital define objetivamente como é realizada esta escolha do vencedor¹⁶⁷. E por fim, de forma breve, o *princípio dos sigilos das propostas* que visa garantir que até a abertura dos envelopes um não deve saber da proposta do outro e que convive em paz com o princípio da publicidade.

Ainda diversos outros princípios balizam a matéria de licitação. Mas não é o objetivo deste trabalho abordá-los. Acredita-se que o trazido até aqui seja suficiente para a problemática a que este trabalho se propôs. No entanto, um princípio ainda será visto, não neste capítulo, pois pretendemos dar uma atenção especial a ele: *os princípios da moralidade e probidade administrativas*.

¹⁶⁶ Acerca dessa vinculação, é importante analisar decisão do STJ que, de forma pedagógica, trabalha o tema: EMENTA: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE REGRA PREVISTA NO EDITAL LICITATÓRIO. ART. 41, CAPUT, DA LEI Nº 8.666/93. VIOLAÇÃO. DEVER DE OBSERVÂNCIA DO EDITAL. II - O art. 41 da Lei nº 8.666/93 determina que: "Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada". III - Supondo que na Lei não existam palavras inúteis, ou destituídas de significação deontológica, verifica-se que o legislador impôs, com apoio no Princípio da Legalidade, a interpretação restritiva do preceito, de modo a resguardar a atuação do Administrador Público, posto que este atua como gestor da res publica. Outra não seria a necessidade do vocábulo "estritamente" no aludido preceito infraconstitucional. IV - "Ao submeter a Administração ao princípio da vinculação ao ato convocatório, a Lei nº 8.666 impõe o dever de exaustão da discricionariedade por ocasião de sua elaboração. Não teria cabimento determinar a estrita vinculação ao edital e, simultaneamente, autorizar a atribuição de competência discricionária para a Comissão indicar, por ocasião do julgamento de alguma das fases, os critérios de julgamento. Todos os critérios e todas as exigências deverão constar, de modo expresse e exaustivo, no corpo do edital." (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, 9ª Edição, pág. 385) V - Em resumo: o Poder Discricionário da Administração esgota-se com a elaboração do Edital de Licitação. A partir daí, nos termos do vocábulo constante da própria Lei, a Administração Pública vincula-se "estritamente" a ele. VI - Recurso Especial provido. (REsp nº 421.946/DF, Primeira Turma. Rel. Min. Francisco Falcão. Julg. 7.2.2006. DJ, . mar. 2006).

¹⁶⁷ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 446.

2.2.5. A Formação do Contrato Administrativo

A forma do contrato administrativo está prevista no art. 55.º, Lei 8.666/93¹⁶⁸, que estabelece o que seriam às *cláusulas necessárias do contrato*, à validade do mesmo. Formam o que a própria lei e a doutrina¹⁶⁹ chamam de *instrumento do contrato* ou *termo de contrato*. A ausência dessas cláusulas vicia o contrato, “para ser válido o contrato administrativo, deve observar a lei que regula a hipótese”¹⁷⁰. As exigências estão menos em torno do *instrumento ou termo de contrato* e mais em torno dos valores que o envolvem. Cuide que aqui não se está atrelando o instrumento do contrato à modalidade de licitação, mas sim ao valor.

O instrumento de contrato é obrigatório a partir de valores, para aqueles contratos cujo valor ultrapasse o limite do *convite*, que exige *concorrência ou tomada de preços*. Mesmo que não tenha tido licitação por haver se enquadrado na dispensa ou inexigibilidade. No entanto, é facultativo¹⁷¹ para aqueles contratos que *não exijam* instrumento ou termo de contrato, já que não é obrigatório, podendo ser substituído segundo a lei por um instrumento mais simples chamado de *carta contrato* e até mesmo pela própria nota de empenho da despesa, ou pela ordem de serviço ou outra autorização equivalente, é o que prevê o art. 62.º, Lei 8.666/93¹⁷².

Conquanto os contratos apresentem valores distintos ainda assim se exige a documentação já que a lei diz ‘é nulo e de nenhum efeito os contratos verbais celebrados com o poder público’. Mas tem *exceção*, desde que ele seja só até 5% do valor do convite

¹⁶⁸ Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: I - o objeto e seus elementos característicos; II - o regime de execução ou a forma de fornecimento; III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento; IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso; V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica; VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas; VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas; VIII - os casos de rescisão; IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei; X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso; XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor; XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos; XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

¹⁶⁹ DI PIETRO, op. cit., p. 416; BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 740; MARINELA, op. cit., p. 454,491.

¹⁷⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.87.

¹⁷¹ MARINELA, op. cit., p. 452.

¹⁷² Transcrição do art. 62, *caput*, da Lei 8.666/93: Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

e desde que ele seja de pronto entrega e de pronto pagamento, são aqueles contratos que não geram nenhuma espécie de obrigação futura, conforme art. 60.º, parágrafo único, Lei 8.666/93.

Além dessa exceção, há discussão na doutrina¹⁷³ acerca da possibilidade de o contrato ser realizado verbalmente num cenário de urgência em que à espera acarretasse prejuízos, sendo essa situação legítima a permitir que a formalização escrita ocorresse posteriormente. O que balizaria esta opção,¹⁷⁴ seria a análise do caso em concreto, com a incompatibilidade que dela se verificasse no caso de se aguardar o cumprimento das formalidades. No entanto, isso ainda não autorizaria a perenidade dessa forma, pois tão logo pudesse ela deveria ser perfectibilizada na formalização¹⁷⁵.

Ainda no que concerne ao respeito das exigências impostas pela lei, tem-se a lição de Hely Lopes Meirelles, que em sua obra diz:

O instrumento do contrato administrativo é, em regra, termo, em livro próprio da repartição contratante, ou escritura pública, nos casos exigidos em lei (os relativos a direitos reais sobre imóveis, p. ex.). O contrato verbal constitui exceção, pelo evidente motivo de que os negócios administrativos dependem de comprovação documental e de registro nos órgãos de controle interno (art. 20 e parágrafo único). [...]

Por outro lado, a ausência de contrato escrito, a falta de requisitos e outros defeitos de *forma* podem viciar a manifestação de vontade das partes e

¹⁷³ Ibidem, p. 453.

¹⁷⁴ JUSTEN FILHO, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 862-863.

¹⁷⁵ Abaixo a transcrição de ementas do TCU e STJ acerca do assunto:

“4. A regra geral é a de que os contratos administrativos devem ser formalizados por escrito, com exceção dos casos de pequenas compras, com pagamento à vista, que poderão ser feitos de modo verbal. Por sua vez, as avenças pactuadas podem ser modificadas nos casos especificados em lei, mas, seguindo igualmente a regra geral, tais modificações devem ser formalizadas mediante termo de aditamento, comando esse que faz deferência aos princípios da publicidade, da transparência e da eficácia desses contratos (art. 60 e seu parágrafo único c/c art. 3º todos da Lei n. 8.666/1993), além de possibilitar o desenvolvimento de fiscalizações mais precisas” Acórdão nº 2504/2010, Min. Relator: Marcos Bemquerer. Pesquisado em 17.10.2013 site: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 915.697 - PR - ADMINISTRATIVO. CONTRATO VERBAL. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA JULGADA IMPROCEDENTE. BOA-FÉ AFASTADA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. APLICAÇÃO DO ART. 60, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI DE LICITAÇÕES. I - Consta do acórdão recorrido inexistir boa-fé na atitude da empresa agravante, de contratar com o serviço público sem licitação e por meio de contrato verbal. Eis o trecho nele transcrito: "(...) não há elementos que autorizem o conhecimento da boa-fé da Autora, uma vez que estava ciente de que as contratações deveriam ser precedidas de licitação, pelo que se deduz da prova testemunhal, ou pelo menos de justificativa prévia e escrita de dispensa ou possibilidade de licitação, em face do disposto no art. 26 da Lei de Licitações". (fls. 506). II - Assim sendo, na esteira da jurisprudência desta colenda Corte, ante a única interpretação possível do disposto no artigo 60, parágrafo único, da Lei de Licitações, "é nulo o contrato administrativo verbal" e, ainda que assim não fosse, é nulo "pois vai de encontro às regras e princípios constitucionais, notadamente a legalidade, a moralidade, a impessoalidade, a publicidade, além de macular a finalidade da licitação, deixando de concretizar, em última análise, o interesse público". A propósito, confira-se, dentre outros: REsp 545471/PR, Primeira Turma, DJ de 19.09.2005. (AgRg no REsp 915.697/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03.05.2007)

comprometer irremediavelmente o conteúdo obrigacional do ajuste. Igualmente nulo é o contrato administrativo omissivo em pontos fundamentais, ou firmado sem licitação, quando exigida, ou, ainda, resultante de licitação irregular ou fraudada no seu julgamento. E assim é porque a *forma*, em Direito Administrativo, é exigência inarredável, por representar uma garantia para os administrados e para a própria Administração¹⁷⁶.

Depois de o contrato respeitar todas as suas formas e cláusulas necessárias, para sua execução, deve ser *publicado*, ao menos seu resumo. A Lei 8.666/93, em seu art. 61.º, parágrafo único,¹⁷⁷ estabelece dois prazos para esta publicação, que merecem interpretação pela sua ambiguidade, sendo que a responsabilidade desta publicação é da Administração. Devendo ser feita até o quinto dia útil do mês seguinte ao da celebração do contrato, ou depois de vinte dias corridos. Sendo que a doutrina¹⁷⁸ interpreta que o que ocorrer primeiro será o limite para esta publicação. Sendo a mesma indispensável à eficácia do contrato, para que ele produza efeitos.

2.2.6. Às cláusulas exorbitantes no contrato administrativo

Foi visto que o contrato administrativo difere do contrato privado, por aquele contar com um leque de situações e regras que não se visualizam neste. Entretanto, interessante o fato que mesmo num contrato privado algumas situações presentes no contrato administrativos poderiam ser reproduzidas nele, sem acarretar sua invalidade ou ilicitude¹⁷⁹. Por exemplo, o contrato administrativo deve ser precedido de licitação, desde que a lei não a dispense, para ser válido. Isso não quer dizer que num contrato privado não se possa abrir algum procedimento de seleção de propostas, se isso ocorrer, não há porque declarar a ilegalidade do contrato.

No entanto, entre as características presentes no contrato administrativo, tem-se àquelas que se fosse repetida num contrato privado, tornaria ele ilícito¹⁸⁰, pois

¹⁷⁶ MEIRELLES, op. cit., p. 224-225.

¹⁷⁷ Art. 61. Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais. Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

¹⁷⁸ MARINELA, op. cit., p. 453-454.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 462.

¹⁸⁰ Hely Lopes Meirelles, ao abordar o conceito de cláusulas exorbitantes, irá observar a questão da incompatibilidade de semelhante conteúdo num contrato privado: “Cláusulas Exorbitantes são, pois, as que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. A cláusula exorbitante não seria lícita num contrato privado, porque desigualaria as partes na execução do

incompatível com o ordenamento que rege a formação dos contratos. No caso se iniciará o estudo das cláusulas exorbitantes¹⁸¹. A presença de cláusulas com conteúdo semelhante a das cláusulas exorbitantes em um contrato comum, no mínimo contrariaria aos princípios mais caros ao direito das obrigações. Mas estando presente à Administração pública como Poder Público não há esta limitação e a presença das mesmas se fazem necessárias.

A fundamentação jurídica para a adoção dessas cláusulas está no art. 58.º, Lei 8.666/93¹⁸² e em outros dispositivos da lei, que será visto ao longo do estudo das mesmas, enquanto que a fundamentação lógica tem razão justamente neste regime público que o contrato se reveste, pela busca e satisfação do interesse público. São exorbitantes justamente por que exorbitam o direito privado, e esta supremacia do interesse público sobre o direito privado é que gera o direito de o Estado ter essas prerrogativas¹⁸³. Assim é que às prerrogativas conferidas à Administração pública “são reputadas existentes por força da ordenação legal ou das cláusulas exorbitantes da avença”¹⁸⁴.

Embora estas cláusulas se apliquem ao contrato administrativo, podem não estar expressas no mesmo, estando apenas implícitas no contrato, e ainda assim serão aplicadas, pois decorrem da lei¹⁸⁵. Ou seja, a Administração pública não está impedida de exercer suas prerrogativas apenas por não haver incluído expressamente alguma regra que remeta ao conteúdo de cláusula exorbitante¹⁸⁶. Assim é que o estudo dos contratos administrativos exige a compreensão do que vem a ser às cláusulas exorbitantes.

avençado, mas é absolutamente válida no contrato administrativo, desde que decorrente da lei ou princípios que regem a atividade administrativa, porque visa estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares”. (MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, 2010, p. 217).

¹⁸¹ “As cláusulas exorbitantes também são conhecidas por cláusulas de privilégio”, CARVALHO FILHO, Curso de Direito Administrativo, 2012, p. 191.

¹⁸² Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

¹⁸³ CUNHA Jr., Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 11 ed. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 550; Ver também em BERÇAITZ, op. cit., p. 209.

¹⁸⁴ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 628.

¹⁸⁵ MEIRELLES, op. cit., p. 227.

¹⁸⁶ BERÇAITZ, op. cit., p. 213-215. “A cláusula exorbitante poderá então estar ausente da letra do contrato, mas estará sempre presente em sua essência, pelo fato de o contrato pela sua natureza ser administrativo. A cláusula não é, por conseguinte, o que sempre irá caracterizar o contrato como administrativo; [...] Na maioria das vezes, a inclusão de cláusulas exorbitantes em um contrato celebrado pela Administração pública, no será a determinante de seu caráter, mas sim sua consequência. É precisamente por tratar-se de um contrato administrativo que as cláusulas exorbitantes do direito comum estarão incluídas em seu texto” (Tradução nossa).

Importante relembrar que diversas são as características de um contrato administrativo, de modo que equivocada é a ideia de que a diferença entre um contrato privado e um contrato administrativo seja apenas a presença neste último de cláusulas exorbitantes, seja explícita ou implícita.

Para tanto se resolveu trazer sobre o tema o presente na obra de Miguel Berçaitz, que diz:

La cláusula exorbitante podrá estar entonces ausente de la letra del contrato, pero estará siempre presente en su esencia, cuando el contrato, por su misma naturaleza, sea realmente administrativo. La cláusula no es, por consiguiente, la que siempre caracteriza al contrato como administrativo; [...] La mayoría de las veces, la inclusión de cláusulas exorbitantes en un contrato celebrado por la Administración pública, no será la determinante de su carácter, sino su consecuencia. Es precisamente por tratarse de un contrato administrativo que las cláusulas exorbitantes del derecho común estarán incluidas en su texto¹⁸⁷.

Dentre as cláusulas exorbitantes, destacam-se *alteração unilateral do contrato*; *rescisão unilateral do contrato*; *fiscalização*; *aplicação de sanções*; *anulação do contrato*; *retomada do objeto*; restrições ao uso do princípio da *exceptio non adimpleti contractus*. Não serão apresentadas em profundidade, mas apresentar-se-ão uma noção acerca delas.

2.2.6.1. A aplicação de sanções

É o poder de *aplicar penalidades em virtude do contrato*. A Lei 8.666/93 estabelece quatro penalidades possíveis que podem ser aplicadas aos particulares: a *advertência* é a penalidade mais leve, devendo se dá sempre por escrito; a *multa*, que aqui no caso é uma pena pecuniária, não sendo necessariamente uma penalidade isolada, pode vir acompanhada de outras; a *suspensão do particular de contratar com o Estado*¹⁸⁸ em

¹⁸⁷ Ibidem, p. 215-216.

¹⁸⁸ A jurisprudência majoritária do Tribunal de Contas da União considera que a suspensão temporária de participação em licitação, prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, deva ser entendida como penalidade a ser cumprida apenas perante o órgão que a impôs. Nesse sentido, Acórdão nº 2.617/2010, 2ª Câmara, rel. Min. Aroldo Cedraz. 25-5-2010. “29. Embora, como mencionado na instrução anterior, a jurisprudência majoritária do Tribunal de Contas da União considere que a suspensão temporária de participação em licitação prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 deve ser entendida como uma penalidade a ser cumprida apenas perante o órgão que a impôs, somos de opinião que as razões de justificativa do responsável para este item devem ser aceitas em face da existência da jurisprudência por ele mencionada bem como de posicionamentos doutrinários divergentes acerca do assunto, como é caso de Marçal Justen Filho e Jessé Torres Pereira Junior (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª edição. São Paulo: Dialética, 2001, p.626; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei de Licitação e Contratação da Administração Pública, 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 565). Não obstante, somos de opinião que deva ser determinado ao HGB que, doravante, abstenha-se de restringir a participação em licitações de empresas às quais tenha sido aplicada, por outros órgãos, a pena de suspensão temporária prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93”. Para consulta: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20100604/AC_2617_17_10_2.doc.

que o particular fica proibido de contratar com o Estado, de participar de licitação, de receber incentivo e benefício, tem prazo máximo de até dois anos; e por fim, a *declaração de inidoneidade*,¹⁸⁹ de todas a penalidade mais grave, nela ocorre às mesmas consequências da penalidade anterior, no entanto temos dois diferenciais, o primeiro é o âmbito, já que ultrapassa o ente federativo que aplicou a pena, impedindo que o particular contrate com qualquer outro ente, a segunda diferença é que depois que for declara inidôneo ela precisa se reabilitar, ou seja, ressarcir o erário de todos os prejuízos que o mesmo teve, é basicamente isso. Há entendimento corrente na doutrina¹⁹⁰ que de tão grave que é essa penalidade, ela só pode ser adotada naqueles casos em que o ato do particular é tido como crime.

2.2.6.2. A fiscalização da execução do contrato

É o poder de *fiscalizar a execução do contrato*, na realidade aqui o Estado deve fiscalizar¹⁹¹. A omissão no dever de fiscalizar faz com que o Estado se torne responsável. Por outro lado, a não observância, pelo contratado, do que for determinado na fluência da atividade fiscalizadora, enseja o direito da Administração de rescindir unilateralmente o contrato.

Tem-se aqui no caso, a ADC n. 16/2010, em que ela diz que é constitucional o art. 71.º, Lei 8.666/93. O sentido desta decisão da ADC n. 16/2010 entrava em confronto com a disciplina da Súmula n. 331, TST. O Estado tem o dever de fiscalizar o contrato. Se desta má fiscalização decorrer débito trabalhista, o Estado poderá ter que assumir os débitos, mas não será pelos débitos que ele estará respondendo, mas sim pela sua falha de prestar um serviço anexo, qual seja o de fiscalizar. De forma que não responde subsidiariamente, mas apenas se ocorreu a *culpa in elegendo*.

¹⁸⁹ GASPARINI, op. cit., p. 827. Diogenes Gasparini em sua obra traz a seguinte constatação: “O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a declaração de inidoneidade só produz efeitos para o futuro, sem interferir nos contratos já existentes e em andamento (MS 13.101/DF, Min. Eliana Calmon, *DJe*, 9 dez. 2008). [...] *Todavia*, a ausência do efeito rescisório automático não compromete nem restringe a faculdade que tem as entidades da Administração Pública de, no âmbito de sua esfera autônoma de atuação, promover medidas administrativas específicas para rescindir os contratos, nos casos autorizados e observadas as formalidades estabelecidas nos artigos 77 a 80 da Lei 8.666/93 (MS 13.964, Rei. Min. Teori Albino Zavascki, *DJe* 25-5-09)”.

¹⁹⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello, afirma que tanto a suspensão de contratar, quanto a declaração de inidoneidade, necessitam ser enquadradas como crime. (BANDEIRA DE MELLO, Curso de Direito Administrativo, 2012, p. 587, 653-654).

¹⁹¹ DI PIETRO, op. cit., p. 280.

2.2.6.3. Ocupação temporária dos bens

É o poder de *ocupação temporária dos bens* que em virtude do princípio da continuidade permite que a Administração possa ocupar os bens da contratada para manter ou reestabelecer a prestação do serviço¹⁹². Às medidas desta cláusula estão previstas no art. 80.º, Lei 8.666/93¹⁹³. Esta ocupação temporária não é transferência de propriedade, será temporário e se houver dano até haverá indenização. O que interessa aqui é a manutenção da continuidade do serviço¹⁹⁴.

2.2.6.4. O uso do princípio da *exceptio non adimpleti contractus* pelo contratado

Embora seja possível que o contratado invoque a *exceptio non adimpleti contractus* perante a Administração pública, o seu uso é relativizado¹⁹⁵ quando comparado aos contratos privados, até pela observância do princípio da continuidade do serviço. O acionamento da exceção do contrato não cumprido como forma a desobrigar o contratado perante o poder público, está disciplinado no art. 78.º, XIV, XV, da Lei 8.666/93¹⁹⁶.

¹⁹² José dos Santos Carvalho Filho, vai afirmar que, no geral, a ocorrência dessa prerrogativa se dá num quadro de aplicação de sanção. Ou seja, pelo motivo de inadimplemento causado pelo contratado, a Administração irá exercer essas prerrogativas de ocupação e retenção de bens e valores, conforme previsto no art. 80, Lei 8.666/93. Isso o autor chamou de fato administrativo, que para o mesmo seria uma das sanções extracontratuais. A outra seria a que já estudamos acima, e estariam nos art. 86 a 88 da referida lei e o autos as chama de um ato administrativo. (CARVALHO FILHO, Manual de Direito Administrativo, 2012, p. 196-197).

¹⁹³ Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei: I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração; II - ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei; III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos; IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.

¹⁹⁴ DI PIETRO, op. cit., p. 283-284.

¹⁹⁵ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 642; GASPARINI, op. cit., p. 828-829; DI PIETRO, op. cit., p. 284.

¹⁹⁶ Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação; XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

2.2.6.5. A rescisão unilateral do contrato

A Administração tem poder de *rescisão unilateral do contrato*¹⁹⁷, de forma a agir sem necessitar de anuência do particular e nem de autorização do judiciário. Essa rescisão vai se realizar por dois motivos¹⁹⁸. No primeiro o Estado estará rescindindo o contrato porque o particular foi inadimplente, descumprindo o contrato ainda que parcialmente. A Lei 8.987/95, que regulamenta a concessão do serviço público, traz o nome de *caducidade* para esse caso. Nessa situação, a falha é do particular, é ele que poderá ter que indenizar o Estado. Aqui, às garantias que foram dadas na entrada, serão executadas. Também poderá ocorrer a ocupação temporária dos bens, local, instalações, desde que o interesse público assim o exija, perceba, que isso é outra cláusula exorbitante. O segundo motivo seria o *interesse público*, de forma que, embora o contratado esteja cumprindo todas as cláusulas do contrato, pode ainda o Estado rescindir por tal motivo¹⁹⁹. Ainda a mesma lei, traz o nome para esse caso de *encampação*. Essa rescisão gera ao particular o *direito de ser indenizado*. Note que aqui não há culpa do particular. Mas detalhe, a Administração não irá indenizar pelos *lucros cessantes*, mas sim pelo que não foi amortizado, pelo que o particular já gastou em virtude do contrato.

2.2.6.6. A alteração unilateral do contrato

Essa cláusula traduz o poder que a Administração tem de *alterar unilateralmente o contrato* sempre pela busca do interesse público. Aqui “a formação bilateral da vontade criadora cede lugar à força da vontade unilateral alteradora”²⁰⁰. Embora amplo, não permite a alteração do objeto do contrato, seria isso uma fraude, ou seja, deve-se respeitar a natureza do contrato, se foi pactuado uma venda, não pode a alteração converter a uma locação²⁰¹.

Esta alteração unilateral ocorrerá de duas formas: quanto ao projeto, e deve haver razoabilidade e quanto ao valor, que no que concerne ao aspecto quantitativo, tem parâmetros na lei, sendo de até 25% para acréscimos ou diminuições e no caso de reforma,

¹⁹⁷ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 194-195, para ver mais.

¹⁹⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro irá dividir em quatro os motivos, sendo que na realidade o motivo de culpa do particular ela subdivide em dois, além das razões de interesse público, que mencionamos e, por fim, o motivo ligado ao caso fortuito ou de força maior, amparados no art. 78, XVII, da Lei 8.666/93. (DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 2012, p. 279-280).

¹⁹⁹ BANDEIRA DE MELLO, op.cit., p. 641.

²⁰⁰ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 192.

²⁰¹ DI PIETRO, op. cit., p. 277.

a alteração unilateral pode chegar até 50% de acréscimo, mantendo-se os 25% como limite no caso de diminuição,²⁰² o particular está obrigado a aceitar²⁰³.

No entanto, deve-se ater que embora a Administração possa alterar unilateralmente o contrato na perseguição do interesse público, não pode alterar o *equilíbrio econômico financeiro*.

Assim invoca-se que, perante tudo o que aqui foi visto, a observância do princípio da boa-fé objetiva, vem a completar para a maior transparência no agir da Administração pública quando esta vem fazer uso das prerrogativas existentes no direito administrativo. No próximo, e último, capítulo será a incidência desse princípio no contrato administrativo o objeto de estudo.

²⁰² Esses limites se encontram no art. 65, I, § 1º, Lei 8.666/93, e se aplicam quando resultam de decisão unilateral da administração. De forma, que quando a alteração por em acordo entre às partes, prevista no § 2º, II, do mesmo artigo, não se aplicam esses limites no caso das supressões, no entanto isso não dá às partes o poder de livre mudanças sob pena de desvirtuar-se a licitação. Para o autor Celso Bandeira de Mello, não deveria o art. 65, § 2º, Lei 8.666/93 ser visto com tanta rigidez, de forma que perante situações específicas, pode-se defender que esse limite excedido seja acordado para um acréscimo. (BANDEIRA DE MELLO, Curso de direito administrativo, 2012, p. 638-640).

²⁰³ GASPARINI, op. cit., p. 818-822.

3. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA AO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Aqui se inicia o terceiro e último capítulo deste trabalho. Após se discorrer acerca do princípio da boa-fé, sua trajetória evolutiva, às mutações conceituais e influências de diversos ordenamentos sobre ele, além do impacto que o mesmo causou nas relações negociais seguiu-se o estudo do contrato e suas características básicas. Depois, abordou-se o contrato administrativo e suas peculiaridades, algumas de suas características foram aqui trabalhadas. Todavia, pelo breve espaço que deve ser utilizado para o trabalho que se apresenta, todos estes estudos foram feitos de forma a não se esgotar a temática, até porque cada um desses tópicos apresentados seriam suficientes para ser tema de um longo e aprofundado estudo.

Agora neste capítulo, tem-se a incumbência de trazer o quanto o instituto da boa-fé se relaciona e se aplica ao contrato administrativo. De tal relação, entender que o particular, ou o agente privado, como queiram, deve obrar com boa-fé perante a Administração pública, parece ser ponto pacífico. Por isso, que o que se pretende desenvolver com mais ênfase neste trabalho é, e justamente, acerca da boa-fé objetiva no que concerne ao comportamento da Administração.

No entanto, cumpre esclarecer que tal tema não é por demais confortável de se abordar, até porque apregoar que a Administração pública deve observar o princípio da boa-fé objetiva no contrato administrativo, e é isso que aqui será defendido, significa, e será observado isso no decorrer do trabalho, criar óbices a situações que em tese, às vezes, podem parecer que a Administração está a agir no interesse público. Daí o porquê que nesta parte do trabalho adentrar-se-á em temas até então não abordados, pelo menos conceitualmente, mas que se fazem necessários ao que se quer apresentar.

3.1. O princípio da boa fé deve ser aplicado a toda Administração pública

O princípio da boa-fé tal como estudado até aqui, teve entre seu marco inicial, que no caso seria na civilização romana, e até o presente momento, uma longa trajetória de transformações, que tem como causa um leque de fatores. Desde mudanças nas estruturas de poder, políticas e culturais, passando pela influência da igreja e pela própria variação do papel exercido pelo Estado. Acima de tudo, os fatores que mais dimensionaram a expansão do conceito do princípio da boa-fé e a prevalência no uso da

boa-fé objetiva como parâmetro de avaliação dos negócios pactuados em oposição a boa-fé subjetiva, foram a constatação de que aquela era critério norteador mais adequado a um cenário em que a autonomia da vontade não era tão autônoma assim²⁰⁴ e que os efeitos disso estavam a imprimir um quadro de maior desigualdade, esta amparada pelo aparato jurídico em vigência, ou melhor, pela omissão dele.

Assim o princípio da boa-fé objetiva incide precipuamente nas relações negociais entre particulares. Quando duas ou mais partes se propõem a realização de um negócio, as manifestações de suas vontades encontram limites em regras positivadas e princípios que norteiam a formação e execução deste contrato, entre eles a boa-fé objetiva. Ocorre, e como foi aqui neste trabalho já referido, que o Estado de ontem não é o de hoje. Neste trajeto muitas mudanças ocorreram, e o papel do Estado foi substancialmente dimensionado²⁰⁵. A ideia de um Estado que *cruza os braços*, e deixa correr, se mostrou equivocada. Perante os quadros de fragilidades sociais que se formaram, em decorrência de um sistema que, em sua liberdade de atuação, levou a um panorama de abandono do mais fraco, que por sinal é a maioria, o Estado não poderia mais continuar o mesmo²⁰⁶.

Assim, é que na esteira do advento dos direitos fundamentais de segunda dimensão, quais sejam, os direitos sociais que buscavam do Estado uma participação efetiva que visasse a busca de uma igualdade mais material, distanciando-se do modelo anterior que apregoava a liberdade e igualdade, mas que na prática só existiam em seu aspecto formal²⁰⁷. Não obstante, essa nova postura, quando implementada, exigiria que o mesmo saísse de seu comportamento estático e operasse como um ente dinâmico a garantir ou fomentar aquilo que sem sua atuação não se verificaria. Portanto, este

²⁰⁴ LÔBO, op. cit., p.23: “A liberdade contratual transformou-se nas mãos dos poderosos em instrumento iníquo de exploração do contratante vulnerável”.

²⁰⁵ GIACOMUZZI, José Guilherme. A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002, pg.260. José Guilherme Giacomuzzi em sua obra afirma: “Hoje, sabe-se, nem mais os liberais, ou ao menos a maioria deles, entendem dever o Estado ficar completamente de fora das atividades econômicas”.

²⁰⁶ LÔBO, op. cit., p.23: “os legisladores eram pressionados para mitigar as iniquidades provocadas pela exploração da liberdade contratual desmedida”.

²⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.261-262

dimensionamento da atuação estatal,²⁰⁸ indubitavelmente levará a uma atuação, antes menos corrente, a do Estado como contratante²⁰⁹.

Tal situação é importante para o estudo em questão, pois se o princípio da boa-fé objetiva se aplica nas relações negociais quando realizadas entre particulares, como visualizar a sua incidência nas relações negociais em que um dos polos é o Poder Público? É aplicável? Quais especificidades que devem ser levadas em consideração? Assim é que tal questionamento encontra sentido nas presentes situações acima descritas.

No ordenamento brasileiro, a boa-fé está positivada, no que concerne à incidência nas relações contratuais, no Código Civil, nos arts. 113.º, 187.º, 422.º e no Código de Defesa do Consumidor, nos arts. 4º, III, e 51.º, IV. Mas também se encontra em outros dispositivos.

Conquanto a Administração Pública rege-se por um regime jurídico próprio²¹⁰, ao menos quando não atua nos chamados *contratos de direito privado da Administração*²¹¹ conforme já acima mencionado, isso não prescindiria a mesma da observância do princípio em questão. Mesmo porque em que pese não esteja expressamente previsto na Constituição, não é perante ela incompatível. Aliás, nela encontra alicerce, pois a observância da boa-fé vem a fomentar os princípios e valores nela previstos. Por sinal, preleciona Judith Martins-Costa que a Constituição é “farta em modelos jurídicos abertos” e traz inclusive o exemplo do art. 5.º, § 2, da mesma²¹². Deveras ainda que a dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos da República e a construção de uma sociedade solidária um de seus objetivos, e tanto em um quanto em outro a observância do princípio da boa-fé na conduta e na interpretação dos dispositivos que se apresentam se fazer necessários, para se implementar tais valores.

Além do que, embora a Constituição mencione que a Administração pública irá se

²⁰⁸ José Guilherme Giacomuzzi apresenta a preocupação com o gigantismo estatal quando diz “Em mente o crescimento do papel do estado acima narrado, nota-se agora um preocupação mundial com o gigantismo estatal, a qual se traduziu numa retração de fronteiras, que passou a entregar aos particulares tarefas que somente ele, Estado, antes desempenhava e a devolver aos privados o terreno que deles havia ocupado”. (GIACOMUZZI, 2002, p. 263).

²⁰⁹ O jurista argentino Agustín Gordillo, sobre o tema, traz a seguinte nota: “Al crecer el sector público de la economía, fueron cobrando creciente importancia, tanto en número como montos, una serie de contratos administrativos que antiguamente no eran igualmente frecuentes: contratos de obras públicas, de suministros, etc.” (GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 1, Parte General, 5ª edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, pg.XI-9).

²¹⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que “Só se pode, portanto, falar em Direito Administrativo, no pressuposto de que existam princípios que lhe são peculiares e que guardem entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime: o regime jurídico-administrativo.” (BANDEIRA DE MELLO, Curso de Direito Administrativo, 2012, p. 53).

²¹¹ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 172.

²¹² Martins-Costa, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Disponível: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>. Acesso em: 29.10.2013.

reger por “os seguintes princípios”, estes que constam no *caput*²¹³ do art. 37.º, e ali numa contagem só apareçam cinco, fato é que não está condicionada apenas a esses. Até porque o princípio da boa-fé objetiva veio tanto nortear às partes em sua conduta, frente ao fato de que o reger-se pelo que se está escrito no contrato, mostra-se por demais insuficiente diante da situação que não é possível tudo se prevê, como também veio amparar o intérprete, daquilo que seria razoável esperar no que concerne ao comportamento, quando este não se puder abstrair da letra da lei. O que seria exigível e é a partir dessa premissa que será interpretado aquilo que foi pactuado.

De forma que o princípio da boa-fé objetiva no direito administrativo, assim como já visto no direito privado, também exerce o papel de integração do ordenamento. Nessa linha se apresenta à lição pela palavra de Jesus González Pérez, que diz:

De aquí la especial importancia en el Derecho Administrativo de un principio que constituye cauce para la integración de todo el Ordenamiento conforme a la idea de creencia y confianza. Como antes se dijo, el principio puede contribuir a humanizar las relaciones entre administradores y administrados. Y asimismo constituirá un decisivo instrumento para restablecer la confianza entre estos dos mundos que hoy se nos aparecen como irreconciliables²¹⁴.

Como consequência uma conduta que se pautar em respeito à boa-fé objetiva, indubitavelmente fomentará a confiança no relacionamento entre partes e levará a um panorama em que a surpresa no proceder tenderá a ser afastada, cenário este mais alinhado com um Estado de Direito, que tem como escopo um padrão objetivo no comportamento de seus entes. Por sinal, esta *confiança* ou *princípio da confiança* é de certa forma uma ampliação do princípio da segurança jurídica, este, conhecido e bem relacionado com a ideia de legalidade, ideia esta a que a atividade administrativa deve se estar submetida. Na realidade, há uma aproximação,²¹⁵ pelo menos em sua forma objetiva, dos conceitos de confiança e boa-fé, aquilo que por sinal foi trazido no início deste trabalho.²¹⁶

²¹³ Art. 37. *caput*. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

²¹⁴ PÉREZ, Jesus González. El principio general de la buena fe en el Derecho. Administrativo, Madrid: Civitas S/A, 1983, p. 53. “Daí a especial importância no direito administrativo de um princípio que cause uma integração de todo o ordenamento de acordo com a ideia de crença e confiança. Como observado acima, o princípio pode contribuir em humanizar as relações entre administradores e administrador. E também constituirá em um importante instrumento para restaurar a confiança entre esses dois mundos que hoje nos parecem tão irreconciliáveis”. (Tradução nossa)

²¹⁵ GIACOMUZZI, op. cit., p. 266-267.

²¹⁶ Para Marçal Justen Filho esse pressuposto de confiança do particular em relação à atuação estatal é fundamento de proteção às expectativas que o mesmo nutre sobre o Estado, veja-se a seguinte anotação: [...] todas as situações jurídicas instauradas em decorrência do exercício de competências administrativas se presumem como legítimas. As expectativas e os direitos derivados de atividades estatais devem ser

Ainda sobre a legalidade, é primordial lembrar que a Administração pública deve agir nos ditames daquilo que a lei lhe ordena. O agir do administrador na consecução da atividade administrativa tem como regra a observância do que a lei permite. Diferencia-se assim sobremaneira do particular, pois nesse o indivíduo pode realizar tudo o que a lei não lhe veda. Como regra a atividade da Administração pública é executiva,²¹⁷ isso quer dizer que ela executa a lei que foi elaborada pelo legislador, este que representa o povo que o escolheu, que é o verdadeiro soberano.

Portanto, a melhora na relação entre Administração e administrado, levará a uma maior implementação desses diversos princípios relacionados, trazendo em especial ao administrado um maior respeito como cidadão ao contar ele que poderá confiar na Administração como uma aliada que não usará medida maior do que aquela que a lei permite e a que o caso exige.

É o que na lição de Jesus González Pérez demonstra de mais um efeito²¹⁸ da observância do princípio da boa-fé pela Administração pública:

La aplicación del principio de la buena fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la Administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga. Y en que no le va a ser exigido en el lugar, en el momento ni en la forma más inadecuados, en atención a sus circunstancias personales y sociales, y a las propias necesidades públicas. Confianza, legítima confianza de que no se le va a imponer una prestación cuando sólo superando dificultades extraordinarias podrá ser cumplida. Ni en un lugar en que, razonablemente, no cabía esperar. Ni antes de que lo exijan los intereses públicos ni cuando ya no era concebible el ejercicio de la potestad administrativa. Confianza, en fin, en que en el procedimiento para dictar el acto que dará lugar a las relaciones entre Administración y administrado, no va adoptar una conducta confusa y equívoca que más tarde permita eludir o tergiversar sus obligaciones. Y en que los actos van a ser respetados en tanto no exijan su anulación los intereses públicos. La aplicación del principio de la buena fe, por otra parte, comportará la confianza de la Administración en que el administrado que con ella se relaciona

protegidos, sob o pressuposto de que os particulares têm a fundada confiança em que o Estado atua segundo os princípios da legalidade, moralidade e da boa-fé. O administrado deve e pode confiar na atuação estatal. Os particulares orientam a própria conduta de acordo com as condutas estatais. A participação estatal na produção de uma situação produz a confiança do particular. (Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012, pág. 1.257).

²¹⁷ Na lição de Marcelo Caetano, “a Administração Pública num regime de legalidade está submissa à lei. A sua atividade tem de ser legal, isto é, de decorrer nos termos traçados pela lei. E tende a ser uma atividade executiva. Os órgãos da Administração executam as leis. Muito embora haja uma larga zona na administração em que a Política, como liberdade de escolha de vias de realizar o interesse público, ou a Técnica, como sistema de processos idôneos para alcançar os fins visados, tenham de ter o seu lugar, mesmo aí é a lei que está no princípio da atribuição da competência dos órgãos que realizam opções políticas ou determinam operações técnicas. Uma atividade executiva tende a ser concreta, quer dizer, é perante casos surgidos no dia-a-dia da vida social que a Administração opera, tomando decisões que transportam os comandos legais para a vida corrente”. (CAETANO, *Princípios fundamentais do direito administrativo*, 1977, p. 95-96).

²¹⁸ José Guilherme Giacomuzzi, irá dizer que a “proteção da confiança é um dos principais elementos materiais decorrências da aplicação do princípio da boa-fé”. (GIACOMUZZI, op. cit., p. 266).

va a adoptar un comportamiento leal en la fase de constitución de las relaciones, en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones frente a la propia Administración y frente a otros administrados²¹⁹.

Pois bem, se numa relação privada, em que as partes possuem vontade e podem dela dispor, a boa-fé objetiva é uma cláusula geral de conduta, o que dizer então de uma relação em que a Administração pública se faça presente em um dos polos, já que “na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal”,²²⁰ visto que “a formulação moderna do *principio da legalidade* consubstancia-se na ideia de que órgãos e agentes da Administração Pública somente podem agir com fundamento na lei e dentro dos limites por esta estabelecido”²²¹. É a ideia de um comportamento probo, que o administrador que está a gerir²²² no manejo de sua atribuição pública observe com atenção a moralidade administrativa. Assim, é que pelo fato de o administrador público se obrigar a agir apenas no que determinar a lei, no que esta permitir, é que o princípio da boa-fé objetiva se faz ainda mais necessário como critério de parâmetro que balize sua conduta. De tal forma que as decisões, os contratos, enfim, todos os atos realizados pela Administração não devem ser confundidos como sendo atos do administrador, são expressões da vontade administrativa²²³.

Se a Administração está sujeita a observância do princípio legalidade, mas também ao princípio da boa-fé, como se dá a relação entre eles? Poder-se-ia pensar que um excluiria a observância do outro?

²¹⁹ PÉREZ, op. cit., p. 53-54. “Aplicação do princípio da boa-fé permitirá ao administrado restaurar a confiança de que a Administração não vai exigir mais do que o estritamente necessário para alcançar os fins públicos perseguidos em cada caso. E de que não vai ser exigido em uma situação, em um momento e de uma forma mais inadequada, tendo em conta as circunstâncias pessoais e sociais, e as próprias necessidades públicas. Confiança, legítima confiança que você não vai impor uma prestação quando esta somente possa ser cumprida com a superação de dificuldades extraordinárias. Nem em uma situação em que, razoavelmente, não se podia esperar. Nem antes de os interesses públicos exigirem, nem quando já não era concebível exercício do poder administrativo. Confiança, enfim, que o procedimento para ditar o ato que dará origem às relações entre Administração e administrados, não vai adotar uma conduta confusa e enganosa que mais tarde permita ignorar ou deturpar as suas obrigações. E eles que atos serão respeitados, embora não desconsiderando a prevalência dos interesses públicos.

Aplicação do princípio da boa-fé, por outro lado, resultará na confiança da Administração de que os administrados que com ela se relacionam vão adotar um comportamento leal na fase de constituição das relações, no exercício de seus direitos e no cumprimento de suas obrigações frente a própria Administração e frente aos outros administrados”. (Tradução nossa)

²²⁰ MEIRELLES, op. cit., p. 89.

²²¹ CAUPERS, João. Introdução ao direito administrativo. 8 ed. Lisboa: Âncora Editora, 2005, p. 49.

²²² Almiro de Couto e Silva, ao prefaciar a obra de José Guilherme Giacomuzzi, apresenta sobre esse assunto a seguinte lição: “O administrador público não gere coisa sua e nem exerce atividade de dono [...]. Há que se comportar, pois, em conformidade com a boa-fé e observando as regras de probidade, decência e honestidade, insitas à boa administração, atendendo, portanto, numa palavra, aos preceitos da moralidade administrativa”. (Almiro de Couto e Silva, 2002, Prefácio. In. GIACOMUZZI, José Guilherme. A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 9).

²²³ CAETANO, Marcelo. Princípios fundamentais do direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 63.

Mas uma vez na obra de Jesus González Pérez se encontra o amparo para tal questionamento:

Ahora bien, si la Administración pública está sometida al principio general de buena fe, al igual que las personas que con ella se relacionan, el principio de legalidad que no excluye la aplicación de aquél como quedó demostrado, puede delimitarla, excluyendo supuestos típicos de manifestación del mismo o, al menos, obligando a una matización que no es necesaria cuando se trata del administrado²²⁴.

Assim sendo o princípio da boa-fé e o da legalidade, coexistem perfeitamente dentro do proceder da Administração pública, e este é complementado pelo observar daquele.

Mas agora, retornando a análise no que se refere aos textos normativos, cumpre salientar, que no direito estrangeiro tem-se o exemplo da Constituição Portuguesa, que traz o respeito ao princípio da boa-fé como um dos princípios fundamentais a ditar o comportamento da Administração pública, é o que consta em seu art. 266.º, 2, da Constituição Portuguesa²²⁵. Ainda no mesmo ordenamento o Código de Procedimento Administrativo, em seu art. 6.º-A,²²⁶ prevê que “no exercício da actividade administrativa e em todas as suas formas e fases” deve o princípio da boa-fé ser contemplado tanto por administrador, quanto pelo administrado, é importante nesse texto normativo atentar para a abrangência, que ao usar a expressão “todas as suas formas e frases” parece não querer deixar dúvidas acerca da amplitude de sua atuação.

No entanto, conquanto a Constituição não traga expressamente²²⁷ a boa-fé como

²²⁴ PÉREZ, op. cit., p. 70. “Agora, se a Administração pública está submetida ao princípio geral da boa-fé, de igual forma como estão as pessoas que com ela se relacionam, o princípio da legalidade que não exclui a aplicação daquele como ficou demonstrado, pode restringi-lo, ressalvando as hipóteses típicas de manifestação do mesmo ou, pelo menos, forçando uma qualificação de que não é necessário quando se trata do administrado”. (Tradução nossa)

²²⁵ Título IX Administração Pública. Art. 266.º Princípios fundamentais: 1. A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. 2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 30 out. de 2013.

²²⁶ Artigo 6.º-A. Princípio da boa-fé: 1- No exercício da actividade administrativa e em todas as suas formas e fases, a Administração Pública e os particulares devem agir e relacionar-se segundo as regras da boa fé. 2- No cumprimento do disposto nos números anteriores, devem ponderar-se os valores fundamentais do direito, relevantes em face das situações consideradas, e, em especial: a) A confiança suscitada na contraparte pela actuação em causa; b) O objectivo a alcançar com a actuação empreendida. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=480&tabela=leis. Acesso em: 30. out. de 2013.

²²⁷ Há posições na doutrina pela sua presença como princípio constitucional implícito, ver em: BORGES, Alice Maria Gonzalez. Valores a Serem Considerados no Controle Jurisdicional da Administração Pública:

princípio a ser observado pela Administração pública, isso não quer dizer que ele não esteja implícito noutro princípio como mais adiante será demonstrado. Vale rememorar a posição na doutrina que entende que a inexistência do princípio expresso no ordenamento não impede a sua aplicação²²⁸ posto ser uma proposição jurídica que se consubstancie numa regra de conduta, ainda que a Lei 9.784/99,²²⁹ presenteou com a clareza da adoção do princípio da boa-fé na que concerne ao direito administrativo²³⁰. Assim é que em dois dispositivos da mesma lei que se encontram no art. 2º, parágrafo único, IV e no art. 4º, II, a boa-fé vem retratada. Neste, se afirma que o administrado, perante a Administração, deve proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé, enquanto que naquele, o endereço é ao comportamento da Administração, que determina a observância, nos processos administrativos, do critério de atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé. Assim é que no nível infraconstitucional a boa-fé está positivada como princípio que deve ser observado pela Administração pública.

Poder-se-ia levantar argumentação no sentido de se dizer que a Lei 9.784/99, que se acabou de mencionar, é específica para o processo administrativo no âmbito da Administração pública federal. Defendendo-se de que não teria aplicabilidade noutras relações mesmo nas esferas dos outros entes da federação, não é, entretanto, o que se encontra na jurisprudência²³¹ e na doutrina²³².

Segurança Jurídica – Boa-fé – Conceitos Indeterminados – Interesse Público, In. Temas do Direito Administrativo Atual, Belo Horizonte, ed. Fórum, 2004, p. 252.

²²⁸ COUTO E SILVA, op. cit., p. 33.

²²⁹ Lei 9.784/99 trata do que trata do Processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

²³⁰ Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro já alerta em sua obra para a escassez de trabalhos que interliguem boa-fé e direito administrativo. Defende o mesmo que a boa-fé não deve ser adstrita ao direito privado, é o que se observa numa consulta às suas palavras: “Nas obras gerais de Direito administrativo, encontram-se, apenas, referências escassas e desalinhadas à boa fé. Embora ela não seja ignorada, faltam desenvolvimentos que tratem a sua natureza, as suas aplicações e as suas fórmulas de concretização. Tal situação é surpreendente, pois traduz uma quebra efectiva perante os estudos realizados em tempos. Poderia ser inócuo se representasse o confinar da boa fé ao privatismo: o Direito público contra-por-lhe-ia, então, outros princípios próprios. E como não se vislumbra que a boa fé, no âmbito alargado de aplicação que lhe veio a ser conferido pela evolução jurídica registrada nos últimos cem anos, esteja indissociavelmente, ligada apenas a valores e representações jurídico-privados – provam-no, aliás, a literatura e a jurisprudência que a boa fé no Direito público – seria de esperar que, entre os tais princípios de Direito público, figurasse algum em tudo semelhante a ela. Na verdade, isso não acontece, aparecendo vários institutos dependentes da boa fé – abuso do direito, *suppressio*, alteração de circunstâncias, certos deveres de comportamento e protecção da confiança – tratados sem conexão em si. A situação agrava-se, ainda, porque a jurisprudência administrativa decide com recurso à boa fé caindo, na falta de concretizações, no sentimento e na equidade. Tais falhas são, porém, muito compensadas pela profundidade com que o juspublicismo tem tratado outros princípios gerais – como o da igualdade – enriquecendo, desse modo a Ciência do Direito”. (CORDEIRO, op. cit, p. 391-392).

²³¹ RECURSO ESPECIAL. LEI N.º 9.784/99. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. ESTADOS E MUNICÍPIOS. PRAZO DECADENCIAL. SUSPENSÃO. INTERRUPTÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. REVISÃO. FATOS. NÃO-CABIMENTO. SÚMULA 07/STJ. (...)10. A Lei 9.784/99 pode ser aplicada de forma subsidiária no âmbito dos demais Estados-Membros, se ausente lei própria regulando o processo administrativo no âmbito

Mesmo assim, o que está aqui a se defender é justamente que o princípio é prezado como um valor a ser referendado não necessitando a sua positivação em cada área do direito. Mas que ao se constatar, ainda que num único texto legal, embora o princípio da boa-fé esteja em muitos outros textos, mostra-se que se tem sim seu valor. Além do mais, para o objetivo a que se propõe este trabalho, que seria a boa-fé no contrato administrativo, ponto importante a ressaltar é que, a Lei 9.784/99 trata da relação da Administração com os administrados, e a boa-fé é tanto princípio a ser cobrado na forma de se proceder de um quanto do outro. Pois bem, se a Administração perante o administrado deve proceder com boa-fé, o que se falar dela então perante o contratado? Ora, não se quer dizer aqui que este é maior que aquele em direitos, que sua posição é digna de mais proteção.

Muito embora não seja isso o que se está a falar, é a peculiar situação da Administração em um e em outro caso que se deseja ressaltar, para que com isso se opere uma análise de lógica e visualize que não faz sentido esperar que em uma situação se observe uma conduta de boa-fé objetiva e em outra não. Portanto, assim que quando perante o administrado deve a Administração atuar com observância aos padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé, importa também que esse comportamento se espelhe em todos os seus campos de atuação, e em qualquer regime jurídico.

Ainda que a incidência da boa-fé objetiva tenha maior impacto nas relações negociais privadas, e dessa forma é essa a maior fatia dos casos que ocupam os tribunais brasileiros, tem o judiciário se manifestado que a Administração pública não está dispensada de agir com boa-fé noutras áreas além da que se relaciona o tratar com os administrados. Assim, o princípio da boa-fé objetiva, que é princípio geral se expande

local. Precedentes do STJ. 11. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (REsp 1148460/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 28/10/2010).

Para ver mais: REsp 1200981/PR/2010 – RMS 21.784/SP/2010 – AgRg no AREsp 263635/RS/2012.

Todos apontam para a posição de aplicação subsidiária da Lei 9.784/99 no Município quando ausente lei municipal e estadual, e no Estado quando ausente lei estadual. No entanto, essa posição se refere acerca de discussão sobre prazo decadencial. Quando se busca sobre princípios, essa pesquisa não logrou êxito em encontrar posição do STJ. Mas isso não prejudica a questão em análise, já que em outras decisões do mesmo STJ, decisões estas que foram e serão apresentadas no curso desse trabalho, o mesmo declara de forma explícita que a boa-fé objetiva é princípio a ser observado por todos numa relação de direito administrativo, quer particulares, quer a própria Administração pública.

²³² Ainda, na doutrina, importante posição se destaca a do jurista Carlos Ari Sundfeld, que diz: “Não se trata, seja no caso federal como no estadual, de mais uma lei sobre os trâmites exigidos em certos processos da Administração. [...] Uma lei geral de processo administrativo não regula apenas os chamados processos administrativos em sentido estrito, mas toda a atividade decisória da Administração, sem exceções, independentemente do modo como ela se expressa”. (SUNFELD, Carlos Ari. Processo e procedimento administrativo no Brasil. In. As Leis de Processo Administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 19).

incidindo em todas²³³ às áreas do direito, orientando inclusive o comportamento do administrador público.

O regime jurídico não deve ser encarado de maneira estanque. O Direito Administrativo, até por ser ramo do Direito Público, irá, de forma geral²³⁴, ostentar “as características do regime de Direito Público, acrescidas àquelas que o especificam dentro dele”²³⁵. Assim sendo, o regime jurídico é um conjunto de normas dentro de um todo do sistema normativo, sistema este que comporta outros regimes jurídicos em que predomina um conteúdo, mas comunica-se com os outros regimes.

No que se relaciona a este assunto, mostra-se interessante trazer a posição de Marçal Justen Filho que leciona:

Mas, em termos precisos, a expressão “regime jurídico” indica o conjunto de normas jurídicas que dispõem sobre um certo sujeito, bem ou atividade. As normas que compõem o regime jurídico podem integrar diferentes ramos do direito. Assim, o regime jurídico da contratação administrativa envolve normas de direito civil, de direito comercial, de direito penal etc.²³⁶

²³³ Sobre a amplitude de atuação da boa-fé objetiva, observe esta notícia vinculada no site do STJ.

Princípio da boa-fé objetiva é consagrado pelo STJ em todas as áreas do direito. O princípio da boa-fé permeia a Constituição e está expresso em várias leis regedoras das atividades administrativas, como a Lei de Licitação, Concessões e Permissões de Serviço Público e a do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos. A doutora em direito administrativo Raquel Urbano de Carvalho alerta que, se é certo que se exige boa-fé do cidadão ao se relacionar com a administração, não há dúvida da sua indispensabilidade no tocante ao comportamento do administrador público. E quando impõe obrigações a terceiros, “é fundamental que a administração aja com boa-fé, pondere os diferentes interesses e considere a realidade a que se destina sua atuação”. Para a doutrinadora, é direito subjetivo público de qualquer cidadão um mínimo de segurança no tocante à confiabilidade ético-social das ações dos agentes estatais. Site: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=108925. Acesso em 30. out.2013.

Decisão do STJ que orienta à observância do princípio da boa-fé objetiva por toda a Administração Pública. **EMENTA:** ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES. COBRANÇA JUDICIAL. PRINCÍPIO DO NÃO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. PAGAMENTO DEVIDO. 3. Se o Poder Público continuou recebendo a prestação de serviços pelo recorrido sem se opor, não pode, agora, valer-se de disposição legal que prestigia a nulidade do contrato porque isso configuraria uma tentativa de se valer da própria torpeza, comportamento vedado pelo ordenamento jurídico por conta do prestígio da boa-fé objetiva (orientadora também da Administração Pública). **RECURSO ESPECIAL Nº 1.155.273 - RJ (2009/0169470-3).**

²³⁴ Diz-se de “forma geral”, pois há situações em que a Administração pública se inclinaria aproximando-se da esfera do particular. No entanto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro vai invocar que deve ser visto com reserva a afirmação de que a Administração Pública, em certos contratos, se igualaria ao particular numa relação horizontal, afirma ela que esse “igualar” nunca iria ocorrer, pois de certa forma a Administração Pública, sendo Poder Público que é seria acompanhada de certas restrições não existentes no direito comum. (DI PIETRO, Direito Administrativo, 2012, p. 266). Na mesma linha, Lúcia Valle Figueiredo, para quem “vale dizer: à Administração Pública descabe, em qualquer circunstância, o absoluto nivelamento com o particular, por haurir, exatamente, do Direito Administrativo sua competência para contratar, como um dos meios, um instrumental posto a seu serviço, a fim de que possa perseguir seus desideratos. Consequentemente, encontra-se ela manietada aos fins que lhe cumpre implementar. (FIGUEIREDO, Lúcia do Valle. Extinção dos contratos administrativos. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 19).

²³⁵ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 55.

²³⁶ JUSTEN FILHO, Curso de Direito Administrativo, 2012, p. 109.

De tal forma que perante o demonstrado fica patente que, muito embora o princípio da boa-fé objetiva tenha como campo de incidência maior a área das relações negociais, que é tema com maior realce no direito privado, isso não priva de que o mesmo esteja a ser observado em outros regimes jurídicos. Tanto é que não seria crível desconsiderar que a Lei 9.784/99 é um texto normativo de âmbito de aplicação no direito público, já que trata da relação da Administração Federal com o administrado no processo administrativo federal. De forma que se a boa-fé deve ser observada pelo administrador no trato com o administrado, razoável é que também se espera que seja observada no trato com o contratado. Até porque o princípio da boa-fé “não apresenta especificidade no que respeita à sua aplicação à administração pública”,²³⁷ além do que o direito administrativo quando comparado ao direito privado não apresenta substanciais diferenças que impeçam a aplicação daquele princípio²³⁸.

3.2. O princípio da boa-fé nos contratos contraídos pela Administração pública

Diante do que foi acima defendido, que a boa-fé objetiva é princípio a reger a Administração pública, vem-se aqui com outro propósito, qual seja, o de demonstrar que deve ser observada nos contratos administrativos, que acerca deles o capítulo anterior se ocupou em maior profundidade. Parece que pelo que foi trazido acima, pode-se invocar que este tópico seria dispensável, ou até que seria redundante. Afinal, já foi afirmado que a boa-fé deve ser observada em toda a Administração Pública, o que incluiria os contratos celebrados por ela. No entanto, são nos contratos administrativos que a observância da boa-fé objetiva, e em especial por parte da Administração Pública, merece uma atenção maior, para que se possam dissipar eventuais dúvidas.

Primeiramente cumpre se lembrar que o princípio da boa-fé objetiva é um princípio geral, e que a posição é de que sua aplicação se dá em todas as áreas do direito. De maneira que agora é buscar evidências dentro do ordenamento que solidifique sua

²³⁷ CAUPERS, op. cit., p. 85.

²³⁸ Jesus González Perez já apresentava essa posição em sua obra, afirmando “En principio, no existen diferencias sustanciales entre el Derecho Administrativo y el civil, que impidan la aplicación del principio de la buena fe en las relaciones jurídico-administrativas. En cuanto el formalismo que en otro tiempo se predicaba del Derecho Administrativo ha quedado reducido a sus justos límites, parece que no existe inconveniente en que, también en él, no se pueda impugnar el acto por quien le cumplió voluntariamente (cuando realmente se trata de cumplimiento voluntario) o hubiese aceptado el cumplimiento de la otra parte”. (PEREZ, op. cit., p. 82). José Guilherme Giacomuzzi também adere à linha de pensamento de González Perez, de que “em princípio, não existem diferenças substanciais entre o direito administrativo e o civil que impeçam a aplicação do princípio da boa-fé nas relações jurídico-administrativas, carregando consigo todas as suas consequências”. (GIACOMUZZI, op. cit., p. 265).

presença, de forma a não deixar dúvidas da incidência do mesmo. Como nesse tópico o objetivo é demonstrar sua ocorrência nos contratos administrativos, acredita-se que o art. 54, da lei 8.666/93, que trata das licitações, e já mencionado anteriormente, muito tem a contribuir para remover toda dúvida que porventura ainda exista.

Ora, o texto do referido artigo não deixa dúvida de que se os contratos realizados pela Administração pública são regidos por regras de direito público, essas não impedem que se observem as disposições de direito privado,²³⁹ ao menos que entrem em colisão, situação que se observada fará com que o regime público prevaleça. Mas é certo que a observância da boa-fé objetiva por parte da Administração, antes de colidir com os preceitos de regime público, na realidade tem é a contribuir de forma a implementá-los ainda mais.

De todo modo ainda na contribuição da obra de Jesus González Pérez, tem-se a confirmação, antes já trazido em outro doutrinador, da amplitude da boa-fé objetiva, que reflete em todas as fases, observe:

La aplicación del principio no puede ser más general. Todas las personas - y también la Administración pública - deben comportarse de buena fe en sus relaciones, en todas sus relaciones y en todas las fases de la vida de las relaciones: nacimiento, desenvolvimiento y extinción. Administración pública y administrado han de adoptar un comportamiento leal en todas las fases de constitución de las relaciones hasta el perfeccionamiento del acto que las dé vida y en las reacciones frente a los posibles defectos del acto. Han de adoptar un comportamiento leal en el desenvolvimiento de las relaciones en las dos direcciones en que se verifican: derechos y deberes. Y han de comportarse lealmente en el momento de extinción: al ejercer las potestades de revisión y anulación y al soportar los efectos de la extinción, así como en el ejercicio de las acciones ante la Jurisdicción contencioso-administrativa²⁴⁰.

Assim é que mesmo o contrato administrativo possuindo suas peculiaridades,²⁴¹ e sendo disciplinado por um regime distinto do aplicado aos contratos privados, essa

²³⁹ GIACOMUZZI, op. cit., p. 265.

²⁴⁰ PÉREZ, op. cit., p. 70. “A aplicação do princípio não poderia ser mais geral. Todas as pessoas – e também a Administração pública – devem portar-se de boa fé em suas relações, em todas as suas relações e em todas as fases da vida de relacionamentos: o nascimento, desenvolvimento e extinção. Administração pública e o administrado hão de adotar um comportamento leal em todas as fases de estabelecimento de relações até o aperfeiçoamento do ato que de vida e nas reações frente aos possíveis defeitos do ato. Hão de adotar um comportamento leal no desenvolvimento das relações nos dois sentidos que são verificados: direitos e deveres. E hão de comportar-se lealmente no momento da extinção: ao exercer dos poderes de revisão e anulação e ao suportar os efeitos da extinção, assim como no exercício das ações perante a jurisdição contenciosa administrativa”. (Tradução nossa)

²⁴¹ Conquanto os contratos administrativos possuam peculiaridades, não são estas a afastar o dever de conduta pautada em observância da boa-fé objetiva pela Administração Pública, a isto se acrescenta a posição de José Guimarães Giacomuzzi: “O princípio da moralidade do art. 37 da Constituição Federal de 1988 tem aqui incidência. Impondo à Administração o dever de atuar com boa-fé (objetiva), sujeita-a, também e indubitavelmente, obedecidos os ditames e peculiaridades do contrato administrativo, às diretrizes da

distinção só é cabível naquilo que venha a atender os critérios de especificidades do organismo público. Concluindo que a boa-fé objetiva, que é cláusula geral de conduta a se observar num contrato comum, deve igualmente ser observada num contrato com a Administração pública. Até porque, em que pese que o contrato administrativo seja figura peculiar até pela existência de cláusulas exorbitantes, não desfigura que ainda seja contrato, como prevê nas lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro que “o fato de a Administração Pública estabelecer unilateralmente as condições do ajuste não lhe retira a natureza contratual”²⁴².

Deveras ainda que o regime jurídico-administrativo comunica-se com os outros ramos do direito, e essas normas refletem nos contratos administrativos, afinal, “é mister assinalar que as normas de Direito Privado também vão permear os contratos regidos pelo Direito Administrativo”²⁴³.

O contrato administrativo, bem diferentemente do ato administrativo, é formado numa relação de consenso,²⁴⁴ já que aqui a adesão no momento de formação é uma escolha, no ato administrativo o administrado não pode se esquivar, no contrato é exatamente o contrário, aceita-se compor com a Administração na formação de um instrumento dirigido a um determinado propósito. Estes interesses são distintos, o contratante, que no caso é a Administração, tem o seu e o contratado tem o dele, daí porque a acentuada bilateralidade. De maneira que seria muito desequilibrada essa relação ao se admitir que a Administração poderia se dar o direito de ignorar a observância da boa-fé em seu proceder. Não é assim, afinal, às prerrogativas que a Administração possui não contemplam o escanteio da boa-fé objetiva que incide sobre todos os outros contratos privados, até porque às prerrogativas possuem um sentido e nesse caso o que se estaria a defender?

responsabilidade pré-contratual, gerando o dever à indenização ou, mesmo, ao cumprimento da obrigação”. (GIACOMUZZI, op. cit., p. 283).

²⁴² DI PIETRO, op. cit., p. 263.

²⁴³ FIGUEIREDO, Lúcia do Valle. Extinção dos contratos administrativos. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 19.

²⁴⁴ “Nos contratos considerados de Direito público a relação nasce do encontro de vontades, resulta de verdadeiro acordo livre sobre um objeto determinado: nenhum dos sujeitos considera definida e constituída a relação sem se verificar o mútuo consenso”. (CAETANO, Princípios fundamentais do direito administrativo, 1977, p. 220).

Conhecida já era a posição do publicista francês Gaston Jèze, acerca do tema, que dizia o seguinte:

El principio fundamental que domina la teoría de la ejecución de los contratos de la Administración, es el mismo que domina el derecho moderno: el respeto de la palabra empeñada.
Las partes contratantes están obligadas a cumplir sus obligaciones respectivas *de buena fe*, en las condiciones en que se han estipulado. Este principio esencial no importa desarrollos especiales. Es fundamental²⁴⁵.

Não se pode olvidar que no contrato, mesmo o administrativo, possui um papel econômico. É inerente ao mesmo, de forma que isso não pode ser desvirtuado. Muito embora o contrato administrativo, por possuir a Administração como Poder Público num dos polos, tem como principal motivação a busca pela realização do interesse público, mas ainda assim o componente econômico nele estará intrínseco. Poderia se pensar que por buscar o interesse público, este aspecto econômico deve sofrer uma mitigação, não parece que esse seja o melhor caminho, tanto que para isso a Administração conta com todo um arcabouço para se chegar a mais vantajosa proposta, e assim, contemplar no que concerne ao aspecto econômico o uso mais racional e eficiente dos recursos públicos.

Dessa forma, a adoção do princípio da boa-fé objetiva, tanto como parâmetro de conduta, quanto como mecanismo de interpretação, não se opõe a consideração que o contrato administrativo, assim como todos os outros, possui este intuito econômico. Não há, portanto, incompatibilidade nisso²⁴⁶. Assim é que o contrato administrativo tem sobre ele interesses de particulares, que não podem ser concebidos como distintos dos interesses que seriam empenhados em qualquer outro contrato privado. Esses particulares se aproximam a contratar com a Administração motivados pelo lucro, pelo seu caráter

²⁴⁵ JÈZE, Gaston. Principios Generales del Derecho Administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1950, t. IV, p. 191. “O princípio fundamental que domina a teoria da execução dos contratos da Administração é o mesmo que domina o direito moderno: o respeito pela palavra dada.

As partes contratantes são obrigadas a cumprir as suas obrigações respectivas de boa fé, nas condições que foram estipuladas. Este princípio essencial, não importa desenvolvimentos especiais. É fundamental.”. (Tradução nossa).

²⁴⁶ Em trechos do acórdão da 3ª Turma do STJ, em atenção ao voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi, posição essa que prevaleceu, esse assunto é mencionado de forma pedagógica, nela a relatora menciona que “a função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico”, além de que a lei e o interprete devem atentar para isso, assim temos que “o instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser postos de lado pela lei e muito menos pelo seu aplicador”, devendo fazer uma correta interpretação dos princípios que se aplicam ao contrato, pelo que “a função social não se apresenta como objetivo do contrato, mas sim como limite da liberdade dos contratantes em promover a circulação de riquezas”, além de que “quanto à boa-fé objetiva, esta se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal” (REsp 803.481/GO, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/6/2007, DJ 1º/8/2007).

econômico. Imaginar sua motivação como um ato de altruísmo seria no mínimo ingenuidade.

Como se viu a Administração possui mecanismos que a possibilita encontrar a melhor proposta, a mais vantajosa, a que atenda melhor o interesse público em todos os seus aspectos. Esses mecanismos, que são previstos pela lei, e que aqui já foram abordados em outra ocasião, também tem seu alicerce nos diversos princípios que regem a Administração pública. Assim é que conquanto o particular se aproxime da Administração para realizar um contrato motivado pelo seu aspecto econômico, esta não está à deriva que não possa selecionar a melhor proposta e assim frear o ímpeto de desejo por lucro que é tão comum no meio privado.

Aliás, todos esses aspectos que são peculiares aos contratos administrativos operam em todas as fases do mesmo. Atuam desde o pré-contrato até a fase posterior a execução²⁴⁷. Já se viu inclusive acerca das cláusulas exorbitantes, que dão poder a Administração sobre o contratado, este sabe que quando se aproxima a contratar com a Administração, esta possui meios que a tornam em posição de desnível para com ele. Sabe que perante determinadas situações a Administração poderá agir de forma que num outro contrato entre particulares não se visualizaria. No entanto, esse agir da Administração deve estar pautado a observar à boa-fé objetiva, de forma que “o princípio é de que o interesse privado empenhado num contrato administrativo não deve ser sacrificado além do que resulte com justiça das cláusulas estipuladas”²⁴⁸.

Ora, bem se sabe que a lei não é editada por acaso, que o que se está nela é para ser cumprido. Além do mais, em decorrência do próprio princípio da legalidade, deve a Administração observar todo um rito legal para a manifestação de sua vontade. Assim é que toda essa procedimentalização existe para que se possa mensurar se a Administração está a agir dentro da legalidade²⁴⁹.

²⁴⁷ Deveras que as regras peculiares aos contratos administrativos sejam observadas em todas às fases, não seria diferente com a boa-fé objetiva, para tanto apresenta-se um posição do STJ. “ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART.87 DA LEI N. 8.666/93.1. Acolhimento, em sede de recurso especial, do acórdão de segundo grau assim ementado (fl. 186): DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. INADIMPLEMENTO. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 87, LEI 8.666/93. MANDADO DE SEGURANÇA. RAZOABILIDADE. 3. Na contemporaneidade, os valores e princípios constitucionais relacionados à igualdade substancial, justiça social e solidariedade, fundamentam mudanças de paradigmas antigos em matéria de contrato, inclusive no campo do contrato administrativo que, desse modo, sem perder suas características e atributos do período anterior, passa a ser informado pela noção de boa-fé objetiva, transparência e razoabilidade no campo pré-contratual, durante o contrato e pós-contratual. (REsp 914.087/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04.10.2007, DJ 29.10.2007).

²⁴⁸ CAETANO, op. cit., p. 243.

²⁴⁹ JUSTEN FILHO, Curso de Direito Administrativo, 2012, p. 180.

Esta ritualização do agir da Administração pública tem ainda como reflexo garantir que a lei será cumprida, o que seria uma garantia de legalidade. Além de preservar a garantia dos particulares, sejam estes administrados ou contratantes, essa é uma constante que deve permear a preocupação do Poder Público, como assevera João Caupers, “a característica mais peculiar do direito administrativo é a procura de permanente harmonização entre as necessidades da acção administrativa e as exigências de garantia dos particulares”²⁵⁰.

Ainda acerca desse assunto é interessante o que diz Marcelo Caetano:

A organização da garantia dos direitos e interesses legítimos dos particulares é, inquestionavelmente, o ponto essencial do Direito administrativo: sem ela não existem relações jurídicas, porque não haverá possibilidade de obrigar a Administração a cumprir os deveres assumidos segundo a lei²⁵¹.

De maneira que a lei está ali para ser observada tanto pelo particular, quanto pela Administração perante o particular que com ela interage e perante a sociedade a qual a mesma detém obrigação de prestação de contas.

Conforme já tratado o contrato é um acordo de vontades, o mesmo se aplicando ao contrato administrativo, sendo uma de suas características ele possuir consenso. No momento em que o particular contrata com a Administração, operou-se ali também uma decisão do Poder Público de contratar. Embora haja neste contrato às chamadas cláusulas exorbitantes, estas devem, como todas as outras decisões, se operadas em atenção à boa-fé objetiva. Por que se está falando isso novamente? Ora, viu-se que os mecanismos que a Administração utiliza para selecionar a proposta mais vantajosa, passam inclusive pela questão da proposta que menos onerará ao Poder contratante. Assim, é que conquanto os mecanismos de avaliação e controle operem em todas as fases do contrato, é evidente que cada situação tem o seu momento. Se a Administração Pública, e o particular que com ela contraiu o contrato, observaram todo o certame legal, e por fim, se operou a seleção de uma proposta, parece irrazoado mais adiante discutir preços e valores em prejuízo desse mesmo particular. Ao menos é claro que aja mudança no cenário e que se enquadrem dentro daqueles princípios que norteiam essas situações. Mas nesse caso, não há o que se discutir, até porque já são pacíficas essas ocorrências e, inclusive, pode ser tanto instrumento de acionamento da Administração como do particular.

Mas mesmo esses cenários que permitiriam o acionamento dos princípios que

²⁵⁰ CAUPERS, op. cit., p. 54.

²⁵¹ CAETANO, op. cit., p. 476.

possibilitariam a mudança da equação financeira dos contratos, estão mais escassos, isso porque há previsibilidade quanto a tais situações é bem maior do que outrora. Assim é que seu uso estaria mais restrito, é o que observa Marcelo Caetano:

Insisto em sublinhar que o fato determinante da modificação das circunstâncias econômicas gerais não poderia ser suscetível de menção, quanto à época da sua produção, no momento da formação do contrato. E há que reconhecer que, embora os princípios conservem a sua validade, se tem restringido muito, no instável mundo dos nossos dias, o seu campo de aplicação. A segurança que caracterizava os tempos antigos desapareceu. E mal vai de quem, ao celebrar contratos a médio ou longo prazo, não preveja que possam ocorrer mudanças profundas de circunstâncias econômicas.²⁵²

Ocorre que não é nem disso que se está tratando, essa não é a maior ocorrência e nem seria, se devidamente observada, situação que envolveria a não observância ao princípio da boa-fé objetiva. O que se quer chamar atenção, são para as situações em que a Administração atua, em momento posterior, para retirar o máximo de proveito em acordos que já antes foram realizados. De forma que o indivíduo que hoje contratou com o Poder Público, é chamado em momento posterior, e instado a repactuar preços e condições.

Poder-se-ia pensar que aqui está a se operar em prol de valorizar o interesse público. Essa é a faceta espinhosa dessa situação. Isso porque essas ocorrências se dão em duas direções. Primeiramente há quadros em que se observa que o administrador, está agindo em boa-fé subjetiva, aqui ele acredita que está mesmo a buscar o interesse público. Pensa ele que se conseguir através de renegociações, que não encontrariam amparo no cenário fático, visto nada haver substancialmente alterado desde a contratação, substancial abatimento de preços e formas terá obrado a realizar o interesse público. Ledo engano aqui se observa, o que na realidade ocorre é que a visão de interesse público aqui está equivocada. Mas adiante, de forma sucinta, será abordado acerca do interesse público.

Dando sequência, a busca pelo interesse público é algo distinto da busca por um resultado que trará apenas reflexos imediatistas. Além do que interesse público é algo distinto de interesse fazendário, este se reflete como “o interesse do Estado como uma pessoa jurídica qualquer, animada do objetivo de enriquecer os seus cofres com o mínimo de gastos possível”²⁵³, de forma que não deve ser confundido com aquele.

É legítimo que o Estado busque o menor dispêndio de recursos e a maior implementação de serviços e obras públicas. Na realidade gastar menos e fazer mais é algo que também se relaciona com uma boa administração. Além de que é o prestígio de

²⁵² Ibidem, p. 252.

²⁵³ BORGES, Alice Maria Gonzalez. O princípio da boa-fé nas contratações administrativas. In. Temas do Direito Administrativo Atual. Belo Horizonte: Fórum, 2004, pg. 188.

um dos princípios constitucionais, qual seja, o princípio da eficiência. No entanto, aqui está a se questionar o momento em que isso é feito. Quando o Estado decide contratar, quando o Poder Público através de políticas públicas decide perseguir essa e aquela finalidade, e ao dar seguimento a isso ele abre um processo licitatório, ou qualquer outro processo dentre os existentes no ordenamento, é aqui a hora em que a prioridade é a seleção da melhor proposta, seleção essa que não ignorará o quanto será realizado, em serviços e obras, e quanto a Administração irá desembolsar.

Posteriormente a isso o contrato não ficará estático a ponto de nunca se operar mudanças em valores, mas como foi dito em outro momento, isso se dará não pela mera vontade do administrado, mesmo que bem intencionado, mas sim porque se visualizou uma mudança no mundo dos fatos e que encontra suporte num dos princípios já conhecidos dentro do direito público e mesmo do direito privado.

Ainda no assunto de boa-fé nos contratos administrativos e de como a Administração não deve operar dentro da ótica de se está lidando com um negócio lucrativo, é relevante a contribuição do jurista argentino Agustín Gordillo, que diz:

La buena fe contractual. Se dice también que los contratos administrativos son esencialmente de buena fe, lo que lleva a que la administración no debe actuar como si se tratara de un negocio lucrativo, ni tratar de obtener ganancias ilegítimas a costa del contratista, o aprovecharse de situaciones legales o fácticas que la favorezcan en perjuicio del contratista²⁵⁴.

Esta forma de proceder da Administração está em total desacordo com a finalidade inicial que levou a mesma a contratar. E o que deve ser motivo em suas decisões no interagir com o contrato administrativo necessitaria ter origem naquilo que a instigou a contratar, de forma que “o Poder Público pode se orientar unicamente para a satisfação do interesse público que ditou a formação do ajuste”²⁵⁵. Daí o sentido da observância da boa-fé objetiva, que reduziria esse campo de atuação “bem intencionado” do administrador que causa mais males que necessariamente observância a interesse público. A prática dessa conduta, supra citada, que acaba por tirar vantagem dos contratados, ao desrespeitar o que antes havia sido pactuado, colabora por quebrar a confiança com o que se acorda com o Administração pública.

²⁵⁴ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 1, Parte General. 5 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998, pg. XI-47. “A boa-fé contratual: Se diz também que contratos administrativos são essencialmente de boa-fé, o que implica que a Administração não deva atuar como se tratasse de um negócio lucrativo, e nem buscar lucros extraordinários à custa do contratado, ou tirar proveito de situações legais ou fácticas que a favoreça, em prejuízo do contratante”. (Tradução nossa)

²⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 662.

Colabora ainda a prejudicar o pequeno empreendedor, isso porque nessa situação não raro como mecanismos de pressão os valores são repassados com atrasos. Estes ocasionados não necessariamente por indisponibilidade de recursos, mas como mecanismos de pressão a levar o contratante a reduzir valores e assim sair com expectativas frustradas²⁵⁶. O empreendedor de maior porte pode possuir fôlego para suportar a pressão desses atrasos ocasionais, ou mesmo pode operar com melhor margem, graças a sua estrutura, e assim realizar cortes exigidos, além de ter melhor capacidade de crédito. Visualiza-se com isso que o próprio mecanismo de licitação, tem seus critérios burlados. A título de observância de um pretenso “interesse público”, negligencia-se outras premissas enaltecidas pelo ordenamento²⁵⁷.

Em toda essa situação acima relatada, confusão maior se opera pelo uso equivocado do que seria o interesse público. Por isso será o próximo tópico, será breve, mas trará uma noção que ajudará a compreender que é algo distinto daquilo que é considerado por muitos que operam em nome dele.

3.3. Um olhar sobre o conceito de interesse público: Controvérsias no seu uso que levam a não observância do princípio da boa-fé.

Pelo pouco espaço que reserva este trabalho, não haverá maiores prolongamentos neste tópico que trata do interesse público. Muito embora a brevidade, se desenvolverá ao menos o básico para demonstrar que o termo em questão tem conteúdo perceptível e não é tão flutuante como às vezes transparece, sendo a ideia indissociável da própria razão da

²⁵⁶ BORGES, Alice Maria Gonzalez. O princípio da boa-fé nas contratações administrativas. In. Temas do Direito Administrativo Atual. Belo Horizonte: Fórum, 2004, pg. 189-190.

²⁵⁷ A lei de licitações traz em seu artigo 3º os critérios basilares que devem nortear o sentido da licitação, que são (grifo nosso): Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do *princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável* e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Embora não esteja na referida lei, o ordenamento traz ainda um critério que demonstra que prestigiar o pequeno empreendedor, entende-se microempresas e empresas de pequeno porte, via licitação deve ser valorizado quando da execução do procedimento de seleção. É o que traz os arts. 44, §§ 1º e 2º, 45 LC 123/06: Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. § 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada. § 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

existência²⁵⁸ da Administração pública, presente no próprio conceito de Direito Administrativo²⁵⁹. Mas sendo assim o que é *interesse público*? Quem determina seu conteúdo? E em nome dele o que a Administração pode fazer?

Responder, embora inicialmente pareça simples, não é tarefa fácil²⁶⁰. No entanto, cabe reproduzir as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem,²⁶¹ “o *interesse publico deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*”, de tal forma que para o mesmo autor, conhecer o interesse público de uma dada sociedade envolve adentrar no o interesse do todo, uma análise do próprio conjunto social. Nesta soma do todo, estaria assim a se contemplar o interesse das partes que o compõe, pelo menos em sua essência²⁶². Isso porque a ideia de um interesse do todo que não possuísse alinhamento algum com os interesses das partes integrantes desse todo, pareceria não factível²⁶³.

No tópico anterior foi mencionado que o *interesse público* não pode ser confundido com o interesse fazendário. Pois bem, aqui de forma ainda mais aprofundada,

²⁵⁸ Para Marcelo Caetano, “*pessoa jurídica de direito público* será aquela que, criada pela Constituição ou por lei, tenha por fim a realização necessária de interesses públicos mediante o exercício em nome próprio de poderes de autoridade”. (CAETANO, Princípios fundamentais do direito administrativo, 1977, p. 66).

²⁵⁹ José dos Santos Carvalho Filho, conceitua como sendo “*o conjunto de normas e princípios que, visando sempre ao interesse público, regem as relações jurídicas entre as pessoas e órgãos do Estado e entre este e as coletividades a que devem servir*”. (CARVALHO FILHO, Manual de Direito Administrativo, 2012, p. 8).

²⁶⁰ Alice Maria Gonçalves Borges em um de seus artigos conceitua assim: 1. O interesse público é um somatório de interesses individuais *coincidentes* em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores. 2. Esse interesse passa a ser público, quando dele participam e compartilham um tal número de pessoas, componentes de uma comunidade determinada, que o mesmo passa a ser também identificado como interesse de todo o grupo, ou, pelo menos, como um querer valorativo predominante da comunidade. (BORGES, Alice Maria Gonzalez. Interesse Público: um conceito a determinar. In. Temas do Direito Administrativo Atual. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 198).

²⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 62.

²⁶² Ibidem, p. 60-62.

²⁶³ Marçal Justen Filho trabalha com a conceituação negativa de interesse público, dizendo o que não seria interesse público, no momento, até para trazer uma posição que destoe um pouco da posição trazida por Celso Antônio. Bandeira de Mello, temos que o “interesse público não se confunde com o interesse da sociedade, como algo inconfundível com o mero somatório dos indivíduos”, alerta Justen Filho que ao pensar assim haveria o risco “de reconhecer como interesse público algo desvinculado de qualquer interesse individual concreto”, até porque é de substancial “dificuldade identificar esse *interesse da sociedade*” e por fim poderia “resultar de um governante adotar como interesse público algo que não fosse interesse de ninguém”. (JUSTEN FILHO, Curso de Direito Administrativo, 2012, p. 120-121).

Para Agustín Gordillo, o interesse público deve encontrar-se com a o interesse individual de uma maioria dos indivíduos de uma sociedade, “sólo hay interés público cuando en una mayoría de individuos, cada uno puede encontrar su interés individual: El “interés público” en que cada individuo no pueda encontrar e identificar su porción concreta de interés individual es una falacia” (GORDILLO, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, La defensa del usuario y del administrado. 9 ed. Buenos Aires, 2009, VI-38).

Novamente, para um contraponto, a posição de Marçal Justen Filho, para quem isso poderia “conduzir a opressão”, levaria “a destruição dos interesses das minorias” (JUSTEN FILHO, Curso de Direito Administrativo, 2012, p. 121).

se rechaça a ideia de que o interesse público seja sinônimo de interesse estatal²⁶⁴. Nada mais lógico, aliás constitui pilar no direito administrativo a consagração de dois princípios, a *supremacia do interesse público* e a *indisponibilidade do interesse público*. Portanto o interesse público não está no seio da Administração, e sim no da sociedade, é a sociedade que norteará o interesse público que se deve perseguir. Assim é que imaginar que interesse público se confunde com o do Poder Público é cair em equivocada artimanha. Marçal Justen Filho será mais didático ao transcrever a sua lição sobre esse assunto, pois vai afirmar²⁶⁵ que o interesse público não deve ser confundido com o interesse do Estado, “de maneira que não é titularidade do Estado, mas é atribuído ao Estado por ser público”, além de que não deve ser confundido como interesse do aparato administrativo, sendo “o Estado, somente legitimado a atuar para realizar o bem comum e a satisfação geral”, e, por fim, não se confunde com o interesse do agente público, de modo que o “exercício da função pública não pode ser afetado pelos interesses privados e egoísticos do agente público”²⁶⁶.

Muito embora pareça que até aqui não foi dada a definição do que seria interesse público, ao se trazer o que ele não seria, dá-se uma noção de que em razoáveis situações que a Administração alega observância do interesse público, ela está a agir equivocadamente.

Também cumpre trazer aqui que há na doutrina²⁶⁷ a divisão em interesse público primário e interesse público secundário. Este seria o da figura estatal, os interesses privados dessa pessoa pública. Já àqueles, quais sejam, os primários, são de fato os interesses a serem perseguidos a qualquer tempo²⁶⁸.

²⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 65-66.

²⁶⁵ JUSTEN FILHO, Curso de Direito Administrativo, 2012, p. 119-120.

²⁶⁶ Nesta mesma linha, Agustín Gordillo: “El interés público no es el interés de la administración pública.” (GORDILLO, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, La defensa del usuario y del administrado. 9 ed. Buenos Aires, 2009, VI-38).

²⁶⁷ BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 69; BANDEIRA DE MELLO, Curso de Direito Administrativo, 2012, p. 101-102; MARINELA, Direito Administrativo, 2012, p. 1164.

²⁶⁸ Interessante trazer duas posições acerca dessa divisão apresentada. Em primeiro a do constitucionalista Luis Roberto Barroso, que faz a seguinte relação “O interesse público *secundário* é o da pessoa jurídica de direito público que [...] em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas. [...] O interesse público secundário não é, obviamente, desimportante. Observe-se o exemplo do erário. Os recursos financeiros provêm os meios para a realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles. Sem recursos adequados, o Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais nem de prestar de maneira adequada os serviços públicos que lhe tocam. Mas, naturalmente, em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário. A inversão da prioridade seria patente, e nenhuma lógica razoável poderia sustentá-la.” (BARROSO, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, 2009, p. 69-70). Ainda na mesma linha tem-se a afirmação de Fernanda Marinela, “ressalte-se que o Estado, da forma como foi concebido no ordenamento jurídico brasileiro, só poderá

Agora questão que se coloca é quem determina o seu conteúdo? Embora a Administração pública tenha como atividade a perseguição do interesse público, este deve ser definido pela lei. Deve possuir como amparo a vontade soberana e não de um administrador nomeado a buscá-lo. Caso se visualize a hipótese de um administrador nomear o que seria interesse público e depois persegui-lo, estar-se-ia no mínimo em um terreno pantanoso. O próprio princípio da separação dos poderes, tão caro ao regime republicano, tem como núcleo a ideia de que um está a legislar, o outro a implementar e, por fim, o outro a julgar²⁶⁹.

De outro lado se tem a posição que vai de encontro com essa acima mencionada. O jurista Agustín Gordillo, diz não haver apenas um canal que irá atribuir o interesse público a ser perseguido no momento, é o que traz:

Dicho de otro modo, la actividad administrativa debe ser eficaz en la realización del interés público, pero esa eficacia o conveniencia u oportunidad es en algunos casos contemplada por el legislador o por los reglamentos, y en otros es dejada a la apreciación del órgano que dicta el acto; en ello estriba la diferencia de las facultades regladas y discrecionales de la administración. En un caso es la ley — en sentido lato: Constitución, ley, reglamento— y en otro es el órgano actuante, el que aprecia la oportunidad o conveniencia de la medida a tomarse. En el primer caso, la ley se sustituye al criterio del órgano administrativo, y predetermina ella misma qué es lo conveniente al interés público; en tales casos el administrador no tiene otro camino que obedecer a la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto. Su conducta, en consecuencia, está predeterminada por una regla de derecho; no tiene él libertad de elegir entre más de una decisión: su actitud sólo puede ser una, aunque esa una sea en realidad inconveniente²⁷⁰.

Ainda que as posições pareçam conflitar, ambas possuem abrigo neste trabalho. Já que o foco da discussão aqui em volta do tema interesse público não é esse. Por que o que se está questionando é o uso equivocado do termo *interesse público*, uso esse que passa ao largo da observância do princípio da boa-fé objetiva. E mesmo que apenas a lei

defender seus próprios interesses privados (interesses secundários) quando não existir conflito com os interesses públicos primários” (MARINELA, Direito Administrativo, 2012, p. 1164). Assim é que nenhuma contradição há com que até aqui foi escrito.

²⁶⁹ CAUPERS, op. cit., p. 65-66.

²⁷⁰ GORDILLO, Agustín – Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 1, Parte General, 5 ed. Buenos Aires Fundación de Derecho Administrativo, p. XI-14/X-15. “Em outras palavras, a atividade administrativa deve ser eficaz na realização do interesse público, mas essa eficácia ou a conveniência e oportunidade é, em algumas situações contempladas pelo legislador ou por regulamentos, e em outros é deixada a apreciação do órgão que dita o ato; é aí que reside a diferença das facultades regladas e discrecionárias da administração. Em uma situação é a lei – em sentido amplo: Constituição, leis, regulamentos – e outro é o organismo executante, que aprecia a oportunidade ou conveniência da medida a ser tomada.

No primeiro caso, a lei substitui o critério do próprio órgão administrativo e predetermina o que é desejável no interesse público e, em tais casos, o administrador não tem escolha a não ser obedecer à lei e, dispensar a sua opinião acerca do mérito o ato. Sua conduta, portanto, é pré-determinado por uma regra de direito; não tendo ele a liberdade para escolher mais de uma decisão: a sua atitude só pode ser uma, ainda que esta seja uma realidade inconveniente”. (Tradução nossa).

determinasse quais os interesses a se perseguir, seria possível, ainda assim, permanecer nos mesmos equívocos.

Portanto, quer se opte pela posição do jurista português ou do jurista argentino, o que se está a trabalhar aqui é a desvirtuação do *termo* interesse público. De modo que este trabalho não exteriorizará inclinação a esta ou aquela posição.

Por fim, neste tópico, invoca-se a questão: em nome do interesse público o que a Administração pode fazer? Na realidade a busca pela sua realização é o próprio sentido existencial da Administração Pública. Não por isso que os princípios nucleares do Direito Administrativo sejam a *supremacia do interesse público sobre o privado* e a *indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos*²⁷¹. A relação entre esses dois princípios é, por demais, estreita. O interesse público prevalece sobre o interesse privado e a Administração não pode dele dispor, antes persegui-lo é sua incumbência, atuando de forma instrumental²⁷². De forma que deve fazer prevalecê-lo em qualquer situação em que o mesmo confronte com um interesse privado, possuindo assim uma atribuição de poder-dever.

Assim é que em relação à pergunta acima elaborada, fica a conclusão de que o interesse público dá o poder-dever para a Administração Pública fazer toda a atuação necessária para que o mesmo seja realizado. Isso reflete nos contratos administrativos, não em vão é a existência das cláusulas exorbitantes²⁷³ que asseguram essa supremacia. De forma que é perfeitamente legítimo que a Administração atue fazendo uso delas, e disto resulte, sobre o contrato, em uma alteração, extinção, modificação ou outras consequências.

Decorre que daí tem-se que levar em consideração alguns aspectos. Primeiramente que o princípio da supremacia do interesse público coexiste com outros, e que, a sua consagração, inclusive, não afasta que os outros sejam observados. Até porque é conteúdo de interesse público o respeito aos princípios jurídicos existentes. Também, outra situação em destaque numa análise é considerar que o interesse público tem um tratamento já bem delineado quando em choque com um privado. Mas que se tem, até pela dificuldade palpável de definir em concreto o que comporia o interesse público, situações

²⁷¹ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 55-56. Na mesma linha pode ser ainda consultado outros autores: DI PIETRO, op. cit., p. 67; MEIRELLES, op. cit., p. 105.

²⁷² Maria Sylvia Zanella Di Pietro vai afirmar que a Administração Pública enquanto poder executivo não pode dispor do interesse público, mas sim que deve guardá-lo e realizá-lo. Ainda a autora menciona que “Esta disponibilidade esta permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera) em sua manifestação legislativa. Por isso, a Administração e a pessoa administrativa, autarquia, tem caráter instrumental”. (DI PIETRO, Direito Administrativo, 2012, p. 67).

²⁷³ DI PIETRO, op. cit., p. 261.

em que as colisões se efetuam em dois interesses que podem ser nomeados como *públicos*. Reconhecendo assim que o interesse público na realidade protege uma pluralidade de interesses²⁷⁴. Essas situações exigem um proceder mais elaborado por parte do Poder Público do que o anteriormente mencionado.

Dessa forma a busca da realização deste interesse público, e apenas dele, que determina à Administração atuar afastando acordos, pactos, que em tais intervenções planeja-se que o mesmo se realize²⁷⁵.

Conquanto a Administração pública possua prerrogativas que a situem num plano superior ao do particular, por tudo até agora explicitado, conclui-se que ela dispõe dessas prerrogativas para satisfazer um interesse maior, um interesse que é de todos, inclusive daqueles que com ela contratam. E que ela não sendo titular desse interesse, tanto é que ela deve persegui-lo e não pode dele dispor, não poderá agir com buscas a satisfação dela enquanto ente jurídico. Em outra oportunidade acima, em que leciona o constitucionalista Luis Roberto Barroso, afirma que o interesse quando da Administração Pública só pode ser satisfeito se não conflitar com o interesse público primário. Assim é que se constata, que se por um lado ela está num patamar mais elevado perante a figura do privado, por outro ela possui uma limitação no que concerne à busca da maior vantagem possível.

É o que se conclui na lição destacada na obra de Marçal Justen Filho que diz:

Somente para os interesses privados e no âmbito da atividade privada é que se admite a busca pela maior vantagem possível, mas sempre respeitados os limites do direito. Essa conduta não é admissível para o Estado, que somente está legitimado a atuar para realizar o bem comum e a satisfação geral²⁷⁶.

Tal posição encontra abrigo noutros doutrinadores, inclusive reproduzidos neste trabalho. É de importância basilar essa linha de raciocínio, pois é justamente essa postura da Administração que vem a ser uma das responsáveis pela não observância do princípio da boa-fé objetiva. E quase sempre ela vem envolvida no argumento de que se está a implementar com isso o interesse público. Mas caso se admita, que se está a buscar o

²⁷⁴ JUSTEN FILHO, Curso de Direito Administrativo, 2012, p. 115-116.

²⁷⁵ Para tanto a afirmação de Agustín Gordillo: “*Mutabilidad del contrato*: La mutabilidad del contrato importa que si el interés público lo justifica, podría adaptárselo y modificárselo; es su *flexibilidad*, frente a la rigidez de los contratos privados”. (GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 1, Parte General, 5 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998, pg.XI-39). Acrescenta-se a lição de Gaston Jèze: “La Administración tiene derecho a disponer las modificaciones y agregados necesarios para asegurar, en interés del público, el normal funcionamiento del servicio”. En la nota 87 de la página 239 aclara JÈZE que se trata de una transcripción de la doctrina del CONSEIL D’ÉTAT, *arrêt* del 11 de marzo de 1910, *Compagnie française des tramways, Recueils*, ps. 216 y ss., “R.D.P.”, 1910, ps. 274 y ss. (JÈZE, Gaston. Principios generales del derecho administrativo, Vol. IV, 1950, Depalma, Buenos Aires).

²⁷⁶ JUSTEN FILHO, Curso de Direito Administrativo, 2012, p. 120.

interesse público com esse modo de agir, confunde-se e prioriza-se o interesse público secundário em detrimento de outros caros princípios, como a segurança jurídica, o princípio da boa-fé objetiva, e por fim, o interesse público primário.

Perante tudo o que foi visto até aqui, que nem de longe foi um estudo aprofundado, mas apenas uma visão em seus aspectos mais problemáticos, de forma a orientar uma conduta da Administração a observar o princípio da boa-fé em sua faceta objetiva. Fica evidente que a busca do interesse público não confronta com a observância ‘simultânea dos princípios administrativos, até porque todos os princípios que norteiam o agir da Administração pública estão a colaborar com essa mesma busca do interesse público. No próximo e último tópico, se verá a relação da boa-fé com o princípio da moralidade administrativa.

3.4. O princípio da moralidade administrativa e sua relação com o da boa-fé.

Em outro momento, foi afirmado que o princípio da boa-fé não consta expresso na Constituição. Muito embora não conste escrito, não quer dizer que nela não possua alicerce. Portanto, neste tópico, far-se-á uma análise breve do princípio da moralidade e sua relação com a boa-fé objetiva.

Cumprе esclarecer que a Constituição faz menção a ela em três artigos²⁷⁷, no art. 5.º, LXXIII, no art. 14.º, § 9 e no caput do art. 37.º No art. 5.º, LXXIII a busca pela sua observância será um dos motivos para a propositura da ação popular, já no art. 37, ela virá como princípio fundamental que se irradia a todo o conduzir da Administração Pública. É bom lembrar, que o princípio da moralidade, não deve ser relacionado como a ideia de *moral comum*, conforme Maurice Hauriou, jurista francês e sistematizador desse princípio, ele deve ser relacionado com uma *moral jurídica*²⁷⁸.

²⁷⁷ Art. 5. (...) LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

Art. 14. (...) § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

²⁷⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 668; MEIRELLES, op. cit., p. 90.

A delimitação conceitual do princípio da moralidade varia entre autores, para Pazzaglini Filho²⁷⁹ é “a ética da conduta administrativa; a pauta de valores morais a que a Administração Pública, segundo o corpo social, deve submeter-se para a consecução do interesse coletivo”, Carvalho Filho²⁸⁰ afirma que “a moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve (...) também distinguir o que é honesto do que é desonesto”.

Pelas definições apresentadas, é perceptível o desafio que se coloca por conceitos tão abertos, daí o porquê da constatação trazida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro “nem todos os autores aceitam a existência desse princípio; alguns entendem que o conceito de moral administrativa é vago e impreciso ou que acaba por ser absorvido pelo próprio conceito de legalidade”²⁸¹. Realmente, perante alguns conceitos rasos que se apresentam, o que transparece é que mediante o princípio da legalidade poder-se-ia chegar ao mesmo efeito do da moralidade, dispensando-o ou pelo menos desprovendo-o de maior efeito.

No entanto, há autores que trazem uma conceituação um pouco mais detalhada, que demonstra que o próprio princípio da moralidade vem passando por uma evolução conceitual.

Para Dirley da Cunha Jr., a definição de moralidade administrativa seria:

Deve-se entender por moralidade administrativa um conjunto de valores éticos que fixam um *padrão de conduta* que deve ser necessariamente observado pelos agentes públicos como condição para uma honesta, proba e íntegra gestão da coisa pública, de modo a impor que estes agentes atuem no desempenho de suas funções com retidão de caráter, decência, lealdade, decoro e boa-fé²⁸².

Celso Antônio Bandeira de Mello já adotava essa posição²⁸³ ao mencionar que “compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e boa-fé”, mas ao mesmo tempo aproxima do princípio da legalidade ao dizer que “significa, portanto, um reforço ao princípio da legalidade, dando-lhe um âmbito mais compreensivo do que normalmente teria”²⁸⁴.

Conquanto o princípio da moralidade possa dar um reforço ao da legalidade, importante esclarecer que isso não seria exclusivo dele. Todos os princípios se interligam

²⁷⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 17.

²⁸⁰ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 21.

²⁸¹ DI PIETRO, op. cit., p. 77.

²⁸² CUNHA Jr., op. cit., p. 41.

²⁸³ José Guilherme Giacomuzzi inclusive irá mencioná-lo como “o primeiro dos doutrinadores brasileiros pós-1988 a estabelecer um liame entre moralidade e boa-fé”. (GIACOMUZZI, op. cit., p. 237).

²⁸⁴ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 122-123.

e se reforçam, o que não deve ser confundido como se não possuísem conteúdos próprios. Na realidade, como já mencionado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, há na doutrina posições defensoras da moralidade como subprincípio incluso na legalidade. Daí o porquê de se mencionar a importante obra de José Guilherme Giacomuzzi dedicada a demonstrar que a moralidade possui conteúdo autônomo, e qual seria o mesmo.

Da pena dele se extrai a lição que alerta para o risco de se visualizar o princípio da moralidade apenas como base do conteúdo de outros.

Mas há algo de grave em tentar preencher o conteúdo do princípio da moralidade com outros princípios jurídicos, ou em sobrepor aquele a estes: um tal proceder revela, talvez inconscientemente, desprezo pelo conteúdo jurídico dos demais princípios e mesmo uma descrença em sua força normativa, bem como na própria Constituição e nas leis. Corolário disso pode ser a entrada de visões personalíssimas, como se fossem “jurídicas”, travestidas de “princípio da moralidade”. Numa palavra: fazer da moralidade um sobreprincípio, formado por vários dos demais, é minguar a importância destes é deixar de lado o conteúdo jurídico dos outros princípios, subvertendo-os e esvaziando a sua força normativa e seu conteúdo dogmático. Não se trata mais tão-somente de um problema de “signos”²⁸⁵.

Mas se o princípio da moralidade possui conteúdo próprio, qual seria esse? Visto que a indefinição conceitual até então seria o grande problema. Por isso é que o estudo de José Guilherme Giacomuzzi, dentro da doutrina nacional, seria de relevante contribuição nesse campo. O autor começa por apresentar o princípio da moralidade como que “pode-se dividir em dois polos o conteúdo do princípio da moralidade do art. 37 da Constituição Federal de 1988: o objetivo, representado pelas noções de boa-fé, e o subjetivo, equivalente ao dever de probidade”²⁸⁶.

É o aspecto objetivo da moralidade, que tratará da boa-fé, o que interessa mais ao trabalho que se apresenta. E a boa-fé em questão é a objetiva, isso é muito simples quando analisado tudo que já foi trazido até aqui, a boa-fé subjetiva exigiria perscrutar o que se passou na mente do administrador. E isso, não teria importância alguma quando perante a teoria da vontade funcional²⁸⁷.

²⁸⁵ GIACOMUZZI, op. cit., p. 162.

²⁸⁶ Ibidem, p. 221.

²⁸⁷ Marcelo Caetano afirma: “Quanto aos motivos do ato, é claro que não importa na teoria da vontade funcional e normativa saber quais as razões íntimas, as intenções ocultas do autor dele: só interessa o que estiver patente, o que for possível ser conhecido pelos outros. No próprio exercício do poder discricionário a orientação não deve ser diferente. A desconformidade entre esse exercício e o fim que a lei marca ao poder exercido tem de ser provada, e a prova não pode recair sobre razões psicológicas não manifestadas, ou mesmo sobre suspeitas fundadas de conduta incorreta, mas sim sobre fatos demonstrativos de que o fim visado não foi o fim legal, isto é, sobre *motivos expressos* da vontade declarada”. (CAETANO, Princípios fundamentais do direito administrativo, p. 156-157).

Logo, a Administração Pública quando em sujeição ao princípio da moralidade administrativa, deve proceder, perante àqueles que com ela se relacionam, de forma honesta, mais também de forma a observar o que foi tratado. É um dever de aspecto subjetivo, mas também de aspecto objetivo. “Da moralidade inculpada no art. 37 da Constituição Federal de 1988 se deve – não só, mas sobretudo – extrair *deveres objetivos* de conduta administrativa a serem seguidos, proibindo-se a contradição de informações, a indolência e a leviandade de propósitos”²⁸⁸.

Outra posição que se soma ao estudo apresentado neste tópico é de Germana de Oliveira Moraes, que antes já dizia:

A moralidade administrativa está associada, finalisticamente, à prossecução do interesse público em razão do qual se atribui a competência administrativa, de que não se pode afastar, e, metodologicamente, à atenção pelo agente público titular desta competência, de valores como veracidade, honestidade e lealdade e confiança, na expectativa de que sua conduta, sob o ponto de vista ético, seja a de um homem comum - sincero, honesto e leal, em quem se possa confiar, e consentânea com os valores aceitos socialmente naquele momento²⁸⁹.

Ora, conquanto a autora não tenha mencionado nesse trecho a boa-fé objetiva, o que seria a lealdade e confiança em valores aceitos socialmente de um homem comum? Pelo tudo que foi visto até aqui, outra definição não seria além da boa-fé objetiva.

De forma que fica patente o vínculo que a boa-fé objetiva teria no cerne do princípio da moralidade administrativa. A Administração pública deve observar o que determina à lei, sendo aqui o princípio da legalidade, e possuir uma conduta em linha a valorizar aquilo que confirme a expectativa daquele que atuou com ela de forma honesta, e ao mesmo tempo agindo de tal forma,²⁹⁰ isso seria a observância do princípio da moralidade administrativa.

²⁸⁸ GIACOMUZZI, op. cit., p. 270. Para um aprofundamento da boa-fé objetiva como conteúdo – também objetivo – do princípio da moralidade, uma leitura das páginas 227-285, da mesma obra.

²⁸⁹ MORAES, Germana de Oliveira. Controle Jurisdicional da Administração Pública. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 123.

²⁹⁰ O voto do Min. Rel. Sebastião Reis Junior no MS 13.948/DF que traz uma contribuição acerca da boa-fé na e da Administração Pública, e ainda traz a relação do boa-fé no princípio da moralidade administrativa. **EMENTA:** MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL FEDERAL NA CONDIÇÃO DE *SUB JUDICE*. APOSTILAMENTO. IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS. APELAÇÃO RECEBIDA NO EFEITO SUSPENSIVO. DECISÃO JUDICIAL QUE AMPARA A NOMEAÇÃO. EXISTÊNCIA. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS QUE JUSTIFICAM O DEFERIMENTO DA PRETENSÃO. 5. A conduta da Administração ofende os princípios da confiança e da boa-fé objetiva, corolários do princípio da moralidade, porquanto exigir a desistência de todas as ações antes de analisar os pedidos de apostilamento e indeferir a pretensão ao fundamento de inexistência de provimento judicial que amparasse a nomeação, no presente caso, impôs um prejuízo irrecuperável ao servidor, pois, apesar da incerteza quanto ao resultado dos requerimentos, o pedido de desistência acarretou a extinção dos processos, com resolução do mérito, inclusive da demanda que lhe garantia a nomeação ao cargo, ceifando qualquer

Quanto ao segundo pólo da moralidade – o aspecto subjetivo – invoca o dever de o administrador ser probo. José Afonso da Silva já fazia essa relação ao mencionar a probidade como uma forma do princípio da moralidade:

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 49). A probidade administrativa consiste no dever de o "funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer". O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem²⁹¹.

Importante, ainda que de forma breve, ter uma noção acerca do dever de probidade e de como, até pelo fato de aqui sê-lo apresentado como um aspecto subjetivo da moralidade, ele se relaciona com a boa-fé objetiva, que no caso é o vetor objetivo do princípio da moralidade, de forma que probidade e boa-fé estão mais pertos do que se imagina.

Por exemplo, há situações²⁹² em que o comportamento do administrador, este que moveria a Administração pública, não só ofende, é desprovido de boa-fé objetiva, como se apresenta ainda a ferir a probidade. De forma que aqui, pode-se afirmar que o princípio da moralidade em toda sua extensão não foi observado. Acerca disso, é claro, está a se referir no campo dos contratos administrativos, mas se dá em outros campos também, mas como a finalidade deste trabalho é demonstrar que a boa-fé objetiva incide, inclusive, nos contratos pactuados pela Administração Pública, é que restringimos para esta situação em que se apresenta.

Sobre isso, Alice Maria Gonzalez Borges, traz uma alerta, a qual se deve atentar para que se coíba essa prática, que ao final, é danosa tanto para aqueles que tratam com a Administração pública como para a própria. Diz a autora:

possibilidade de o impetrante ter um julgamento favorável, pois a apelação não havia, ainda, sido julgada. (MS n. 13.948/DF, Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJe 26/09/2012)

²⁹¹ SILVA, Curso de Direito Constitucional Positivo, 2009, p. 669. Para mais posições acerca ver: DI PIETRO, Direito Administrativo, 2012, p. 77-80.

José Guilherme Giacomuzzi trabalha com maior profundidade essa divisão e atribuição dos aspectos objetivo à boa-fé objetiva e subjetivo à probidade. Para o aspecto subjetivo consultar p. 285-305, da obra mencionada.

²⁹² Em um momento anterior neste capítulo, foram apresentadas situações em que se davam o uso distorcido do *termo interesse público*, foi relatado, inclusive, que ocorreria em duas direções. Numa o administrador estava a agir de forma bem intencionada, foi o que se priorizou apresentar naquele momento, relatado na página 81 do capítulo 3, deixando para agora mais ao fim, dada a pertinência do assunto, demonstrar que em não raras situações, o administrador, age de má-fé, a título de zelar pelo interesse público.

Frequentemente uma administração atual se recusa, pura e simplesmente, a pagar os débitos de contratações anteriores sob a única alegação de superfaturamento de preços. Tal alegação é meramente invocada, sem que se comprove tal fato de forma alguma. [...] sobretudo se os antecessores pertencem a facções políticas diversas das dos atuais governantes²⁹³.

Portanto, após tudo isso demonstrado, se revela cada vez mais a seriedade com que essa questão deva ser abordada. Que o princípio da boa-fé objetiva como parâmetro do proceder administrativo não deve ser visto como exigência descabida. Antes, que sua observância constitui em um fato benéfico e moralizador da Administração, e que ignorar a boa-fé objetiva ofende o mandamento constitucional que determina que a mesma observe os princípios plasmados na Carta Magna, no caso então, o princípio da moralidade. Além do que, a desconsideração de uma conduta em boa-fé seria um proceder ilícito,²⁹⁴ passível de indenização, levando a Administração a incorrer em riscos desnecessários.

Da incidência da boa-fé objetiva na Administração pública, também não se deve inferir por uma incompatibilidade com a discricionariedade administrativa, muito embora o princípio da moralidade administrativa, ou melhor, todo o conjunto dos princípios que atuam sobre a Administração pública, tenha também como função o controle sobre a atividade discricionária do administrador²⁹⁵. Assim é que o administrador no exercício de sua atuação poderá tomar, conforme o caso que se apresente, decisões com margem de discricionariedade, mas que encontre respaldo numa racionalidade própria, em que se possa mensurar algum controle, e que tal, possua alguma objetividade²⁹⁶. E nisso a boa-fé objetiva vem a colaborar, pois conquanto seja o aspecto menos explorado da moralidade administrativa, seria o campo mais fecundo de aplicação do mesmo princípio, ao exigir “um comportamento positivo da Administração e impondo a ela deveres de conduta transparente e leal”²⁹⁷.

²⁹³ BORGES, Alice Maria Gonzalez. O princípio da boa-fé nas contratações administrativas. In. Temas do Direito Administrativo Atual. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 191,190.

²⁹⁴ Fábio Ulhoa Coelho afirma que “Se o contratante não age de boa-fé — nas negociações ou na execução do contrato —, ele descumpre uma obrigação imposta pela lei. Incorre, portanto, num ato ilícito. As consequências do descumprimento do dever geral de boa-fé objetiva, portanto, são as mesmas de qualquer ilicitude: o outro contratante tem direito à indenização pelos prejuízos que sofrer. Quer dizer, se não houver expressa previsão contratual prevendo a resolução do contrato, a ausência de boa-fé de um contratante não implica a desconstituição do vínculo. Na lei, não é prevista a revisão ou extinção do contrato pela desobediência do dever geral de boa-fé, mas apenas a responsabilidade civil subjetiva do contratante de má-fé (CC, arts. 186, 422 e 927 combinados).” (COELHO, Curso de Direito Civil, Vol. 3, Contratos.epub. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 40).

²⁹⁵ GIACOMUZZI, op. cit., p. 213.

²⁹⁶ CAUPERS, op. cit., p. 69.

²⁹⁷ GIACOMUZZI, op. cit., 308.

Com tudo que foi trazido até aqui, e muito distante, conforme foi mencionado em diversas ocasiões, de se pretender esgotar a temática apresentada, infere-se que a observância da boa-fé objetiva incide sobre toda a Administração pública. Também se vislumbra que assim como a *boa-fé* passou por uma construção evolutiva no decurso do tempo e o mesmo se observou com o *contrato*, de forma semelhante sucede com a relação do instituto da boa-fé e a Administração pública. Perante isso se observa, e ocorrerá de forma mais reiterada, avanços na jurisprudência e posições mais enriquecedoras nas doutrinas.

Como aqui apresentado, a discussão ainda se apresenta incipiente. Poucos doutrinadores se propõem a enfrentar com profundidade esse tema. De forma que em nossos tribunais, a especificidade do tema ainda não se faz tão presente. Embora o Superior Tribunal de Justiça (STJ) em algumas decisões, que foram apresentadas no decorrer do trabalho, em notas de rodapé, tenha se posicionado e assim lançado luz sobre o tema. Pode-se dizer que há muito para ser realizado. O Supremo Tribunal Federal (STF), no qual o tema em discussão é ainda mais escasso,²⁹⁸ poderá vir a contribuir nesse campo, visto ser o guardião da Constituição e o zelar pela observância dos princípios da Administração pública é assunto deveras prioritário num regime republicano, em que o Estado Democrático de Direito é a manifestação sublime do avanço a que se chegou.

Portanto esta jornada só está começando. E enganam-se aqueles que pensam que ao se defender tudo o que foi aqui apresentado o maior beneficiário é o administrado, o contratante, ou particular, como queiram. Na realidade, o ganho é do particular, é da Administração, é de todos, enfim, é da sociedade.

²⁹⁸ Numa decisão, o STF de forma muito breve, faz uma menção acerca do princípio da boa-fé no âmbito dos convênios administrativos e de forma indireta interliga o princípio da boa-fé com os contratos administrativos. Essa decisão se reproduz abaixo, de quebra ela traz poucas respostas e mais perguntas. No entanto, no pouco que traz mostra, ainda que pareça levantar algumas limitações, diz que o princípio da boa-fé (que só pode ser a objetiva) incide sobre os contratos administrativos.

EMENTA: Ação Cível Originária. 2. Estado do Pará. Ato da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República que determinou a suspensão de repasse de verbas suplementares previstas no Termo Aditivo nº 002/006 ao Convênio nº 080/2005-SEDH/PR firmado com a Defensoria Pública do Pará. 3. Incidência do princípio da boa-fé no âmbito dos convênios administrativos.

“É certo que convênio e contrato administrativo não se confundem. A distinção entre ambos está assentada na doutrina especializada sobre o tema (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 284). Porém, ao contrário do que alega a União, talvez justamente por isso que o princípio da boa-fé incida com maior força no âmbito dos convênios administrativos, pois nestes, ao contrário dos contratos, existem interesses paralelos e comuns. Nos convênios, a cooperação é o elemento fundamental, o que ressalta ainda mais a necessidade de que as partes atuem com lealdade no cumprimento de todos os seus termos.” (Trecho do Voto do Min. Rel. Gilmar Mendes). Tutela Antecipada em Ação Cível Ordinária 970-1 Pará, rel. min. Gilmar Mendes, Pleno, Unanimidade, Julg. 17-5-2007, publ. *DJ* 19-12-2007.},

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chega ao fim esta proposta de estudo, que buscou demonstrar à importância de a Administração pública observar o princípio da boa-fé objetiva em suas relações. Pelo que aqui foi demonstrado, muito embora se reconheça que esse trabalho está longe de trazer completude acerca do assunto, mas através dele pode-se defender que, muito além dessa importância, demonstrou-se a imperatividade de a Administração se portar em boa-fé, seja perante o administrado ou perante o contratado.

Aliás, o proceder do Poder público deve obedecer aos princípios e ditames do sistema jurídico, não importando perante a quem se coloque. Defender que a Administração possa agir de forma a observar determinada conduta perante uma situação e não deva o mesmo respeito na ocorrência, em outro momento, de situação idêntica, é legitimar situações anômalas.

De forma, que tanto quando se relaciona com a figura do administrado, que está mais na qualidade de um usufrutuário de um serviço público, quanto ao se relacionar com pessoas jurídicas, figuras do meio privado, que tem nessa relação um contrato, ainda o tratamento deve ser igual, respeitadas às especificidades, mas que de forma alguma de margem a permitir a desconsideração de um proceder de boa-fé objetiva.

Diante disso, se quer reforçar que às menções ao princípio da boa-fé que se fazem presentes no ordenamento, seja de forma explícita, como o é na Lei 9.784/99, ou de forma implícita, como no caso da Constituição, possuem como consequência obrigar toda a Administração a pautar-se em consonância com o referido princípio.

Exigir que a Administração obre com boa-fé objetiva, antes de ser considerado como um estorvo, ou ser visto como uma forma de engessá-la ainda mais, na realidade deve ser entendido sob um outro ângulo, de que ao se proceder em respeito a princípios moralizadores, cria-se um espaço de melhor convivência entre os seres que se relacionam, por consequente, valoriza-se os princípios jurídicos que a alicerçam.

Uma parte ainda cumpre esclarecer o que no corpo do trabalho foi mencionado de forma muito breve. Pode-se parecer, em algum momento, que a defesa desse tema abordado se confunda com a defesa da pessoa do contratante. Muito embora tal ideia pareça razoável quando se lê todo o trabalho apresentado, não é isso que se está a defender.

Na realidade, o agir de boa-fé da Administração pública nas fases do desenvolvimento do contrato administrativo, antes de mais nada, trará reflexos positivos para a própria Administração.

A observância do princípio da boa-fé objetiva, como já foi mencionado, em diversas partes deste trabalho, tem entre seus efeitos o de fortalecer a confiança da e na Administração. A importância de se ter confiança numa relação é crucial. Na realidade, seja para o administrado ou para o contratado, saber que se pode confiar na figura do Estado, que ele não irá surpreender, é algo sempre a ser buscado. Sobretudo pelo fato de este Estado ser mais atuante do que o dos idos liberais. Além do que, em um Estado Democrático de Direito, sabe-se que aqueles que exercem o poder o fazem de forma provisória. Isso traduz a importância de se considerar que uma decisão da Administração presente, que observou os ditames legais, terá validade numa Administração futura. Afinal, seria deslegitimar o próprio sistema de representação se algo que se decide hoje, não valha para amanhã.

Daí a importância de se priorizar os mecanismos que imponham à Administração um comportamento que resulte em um fortalecimento de confiança nela. Aliás, cumpre lembrar que a confiança é um componente na formação de preço. Conquanto pareça ser um assunto mas de ordem técnico-contábil, o que iria de encontro a este trabalho, que se desenvolveu mais em uma linha de teoria-jurídica, ainda assim valeria a pena adentrar, pois, será de facilidade à compreensão do leitor. Pois bem, sendo a confiança um fator que compõem a formação do preço, o fortalecimento da confiança na conduta da Administração, faria com que os próprios valores contratados nos processos licitatórios apresentassem uma queda.

O que se está a dizer? Na realidade, essa insegurança causada pela Administração, tende a influenciar a própria expectativa dos participantes num processo licitatório, que não raras vezes se sentem inseguros de como irá se portar o poder público amanhã em relação ao que o mesmo contratou hoje. Dito isso, é possível, mesmo com a existência da licitação, que os preços se fixem acima do que poderiam ser caso se estivesse em um sistema mais estável.

À medida que à observância de um princípio, conduza a Administração pública a um comportamento mais previsível, que reduza substancialmente esta álea, e se traduza numa melhora de confiança na Administração, é perceptível que aqueles que com ela contratam poderão desconsiderar este risco entre suas variáveis e assim o poder público pode se deparar em condições mais vantajosas na realização dos contratos administrativos.

Portanto, se em algum momento transpareceu que a observância do princípio da boa-fé objetiva por parte da Administração pública, era algo a beneficiar apenas o contratado, fica, diante do que foi acima explicado, uma demonstração de que é a Administração pública a que mais ganharia com isso.

Afinal, para que barganhar preços de alguns contratos, na sequência em sua execução, se ao se portar de forma mais transparente e previsível poder-se-ia realizá-los em melhores condições, todos e não apenas alguns.

É bem verdade que este é um trabalho de cunho teórico, que não se valeu de demonstrações estatísticas e nem de uma pesquisa de campo. De modo que esta conclusão mencionada, poderia não se visualizar. O que se desenvolveu foram apenas argumentos que apontam que não apenas o contratado como também o contratante se beneficiariam do desenvolvimento de quadro de maior transparência.

Mas as perspectivas são positivas diante do que vem se desenvolvendo na doutrina e na jurisprudência. É importante considerar que o direito é construído ao longo do tempo, e que conquanto em certas áreas e temas ele demore em dar um passo para frente, quando o faz dificilmente retrocede.

Em todo o estudo realizado, foi interessante notar o quão dinâmica é a evolução no mundo jurídico. No primeiro capítulo em que se abordou o *instituto da boa-fé*, pode-se acompanhar toda uma evolução que se deu em volta do mesmo, e que continua a evoluir. O mesmo se aplica ao segundo capítulo em que foram trabalhados de forma sucinta os *contratos* e um pouco mais abrangente os *contratos administrativos*.

Portanto, em relação ao terceiro capítulo não se deve visualizar uma perspectiva negativa acerca de sua evolução. Muito pelo contrário, melhor é considerar que no que concerne ao assunto dele, a evolução está ocorrendo hoje, está em debate, em construção. Ou seja, pode-se participar deste processo que se desenvolve.

Conquanto este trabalho tenha chego ao fim, carece mencionar que muito faltou em ser abordado. É patente reconhecer que a riqueza do assunto é imensa, e que seria inevitável à impossibilidade de se esgotar a temática. Para cada um dos termos e conceitos abordados ser-lhe-ia possível fazer um trabalho ainda maior que esse e não se cobrira tudo. De forma que não é, e nem haveria de ser, a intenção de produzir algo pronto e acabado. Mas sim, trazer o tema à discussão, produzindo curiosidade e indicando possíveis caminhos, que venham se somar a outros tantos, no compromisso de construir um Estado mais transparente e justo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERÇAITS, Miguel Ángel. **Teoria general de los contratos administrativos**. 2 ed., Buenos Aires: Depalma, 1980.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicolas; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed., Brasília: UNB, 1998.

BORGES, Alice Maria Gonzalez. **Temas do Direito Administrativo Atual**, Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CAMPOS, Márcio. **A boa-fé e a boa-fé objetiva na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. 2002. 444 f. Tese (Doutorado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed., São Paulo: Atlas, 2012.

CAUPERS, João. **Introdução ao direito administrativo**. 8 ed., Lisboa: Âncora Editora, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9 ed., São Paulo, Atlas, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, Vol. 3, Contratos**, epub, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra, Almedina, 1997.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como um processo**, Rio de Janeiro: FGV, 2006.

CUNHA Jr., Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 11 ed., Salvador: JusPODIVM, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25 ed., São Paulo: Atlas, 2012.

DUGUIT, León. **Las transformaciones generales del Derecho Privado**, segunda edición, Madrid: Francisco Beltrán Librería, 1920.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos dos contratos, vol. 4**, 2 ed., Salvador: JusPODIVM, 2012.

FIGUEIREDO, Lúcia do Valle. **Extinção dos contratos administrativos**. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 15 ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé**. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**, 7 ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Parte General**, 5 ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

_____. **Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, La defensa del usuario y del administrado**. 9 ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2009.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo, Vol. III**, Buenos Aires: Depalma, 1949.

_____. **Principios generales del derecho administrativo, Vol. IV**, Buenos Aires: Depalma, 1950.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LEWICKI, Bruno. **Panorama da Boa-Fé Objetiva**. In: Problemas de Direito Civil Constitucional. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 56.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**, São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

. **O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro**. Disponível: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>. Acesso em: 29.10.2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36 ed. atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010, por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2010.

MODENESI, Pedro. **A relação entre o abuso do direito e a boa-fé objetiva**. Revista eletrônica Direitos Fundamentais e Democracia, v.7, n.7, p.324-351, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/45/45>>. Acesso em: 18 de outubro de 2013. p. 330-331.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2 ed., São Paulo: Dialética, 2004.

NASSA, Thulio Caminhoto. **A boa-fé no regime jurídico de direito administrativo**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – COGEAE, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2010-12-03T11:56:43Z-10346/Publico/Thulio%20Caminhoto%20Nassa.pdf. Acesso em: 15 de outubro de 2013.

NEGREIROS, Tereza Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**, Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

NEVES, José Roberto de Castro. **Direito das obrigações**, 2ª ed., Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. 4 ed., São Paulo: Atlas, 2009.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil, Volume I**. 19 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PÉREZ, Jesus González. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**, Madrid: Civitas S/A, 1983.

POTHIER, Robert- Joseph. **Traité des obligations**, Paris: Dalloz, 2011.

Esta obra pode ser acessada para consulta no site da editora dalloz. Acesso em 20 de out. de 2013. <http://pvsamplersla5.immanens.com/fr/pvpage2.asp?puc=5202&nu=23&pa=1&r=Pothier,%20Robert%20Joseph>.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, volume 3: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**, 30 ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

ROSENVALD, Nelson. **Arts. 421 a 652: dos contratos em geral**. In: PELUSO, Cesar (Coord.) **Código Civil comentado**. 4 ed., Barueri: Manole. 2010. p. 480-482.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

STOLZE, Pablo & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, volume IV: contratos, tomo I: teoria geral**, 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Processo e procedimento administrativo no Brasil**. In. As Leis de Processo Administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Fundamentos de Direito Público**. 5 ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, Vol. I**. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TUHR, Andreas von. **Derecho civil: teoria del derecho civil aleman**. Buenos Aires: Depalma, 1946.